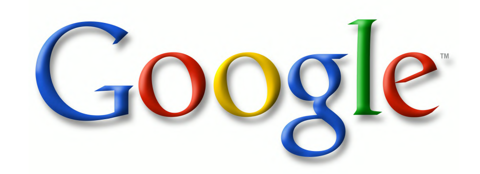
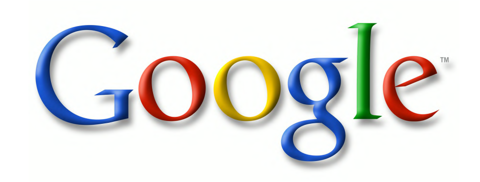
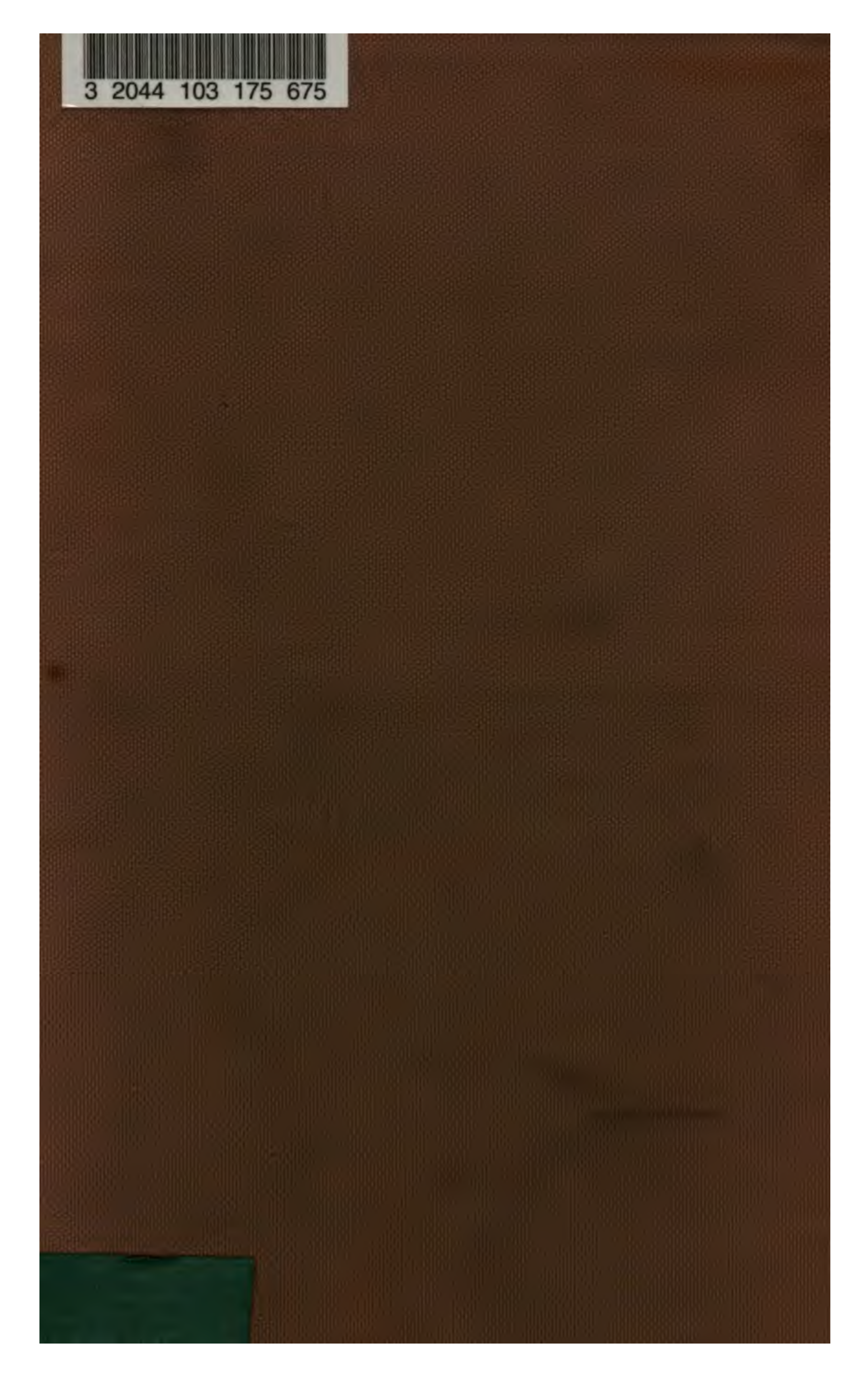





3 2044 103 175 675

France

HISTOIRE

DE

L'AUTORITÉ PATERNELLE

ET DE LA SOCIÉTÉ FAMILIALE EN FRANCE

AVANT 1789

HISTOIRE

DE

L'AUTORITÉ PATERNELLE

ET DE LA SOCIÉTÉ FAMILIALE EN FRANCE

AVANT 1789

Les Origines. — L'Époque franque. — Le Moyen-âge et les Temps modernes

PAR

le Comte J. DU PLESSIS DE GRENÉDAN

DOCTEUR EN DROIT

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

—

1900

6/27/21

A Monseigneur Henri PASQUIER, recteur de l'Université catholique d'Angers ; à mes anciens maîtres des Facultés de droit et des lettres ; aux Pères de la Compagnie de Jésus qui m'ont élevé, je dédie ce premier ouvrage en témoignage d'affectueuse reconnaissance.

J. P. G.

BIBLIOGRAPHIE

ET TABLE DES RÉFÉRENCES

I

BIBLIOGRAPHIE

On trouvera dans les *Histoires du droit français*, de MM. Glasson et Viollet, d'abondantes bibliographies de l'autorité paternelle et des sujets qui s'y rattachent.

L'*Histoire de l'autorité paternelle en France* n'a été véritablement abordée que dans les ouvrages généraux, comme ceux que je viens de citer. Celui que Bernard lui a consacré en 1864 n'est pas, à proprement parler, un livre d'histoire du droit. L'auteur se préoccupe à peu près uniquement du côté moral de son étude. Il ne va pas aux sources et n'indique presque jamais ses références.

L'*Histoire de l'organisation de la famille en France*, par Kœnigswarter, est plus scientifique et mieux composée; mais elle renferme, sous un petit volume, l'étude historique de tout notre droit familial. L'autorité paternelle n'y obtient ainsi qu'une place tout à fait restreinte.

M. von Salis a publié dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* une étude très documentée sur l'attribution et l'extinction de l'autorité paternelle dans le droit coutumier du moyen-âge.

Enfin, les traditions familiales germaniques et l'influence du christianisme ont été étudiées, d'un point de vue général, par M. Ch. Lefebvre, dans ses *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français*. Cet important ouvrage a paru trop tard pour qu'il me fût possible de faire, aux idées nouvelles qu'il contient, leur place légitime en cette histoire de l'autorité paternelle.

J'ai pu seulement leur consacrer un appendice.

La table qui va suivre fera connaître le titre exact et l'édition des ouvrages cités en abrégé dans les notes. On y trouvera, en outre, l'indication de quelques livres utiles à consulter, et qui ne figurent pas tous dans les bibliographies auxquelles je renvoyais à l'instant.

II

TABLE DES RÉFÉRENCES

Indications générales :

Les textes de *droit romain* sont cités d'après l'édition de Galisset pour le droit de Justinien ; et, pour le droit antérieur, d'après les éditions de Godefroy et de Hænel.

Les textes de *droit canon*, d'après l'édition du Corpus de Friedberg. V. aussi dans la table ci-après : Justel et Pseudo-Isidorus.

Les *Conciles*, d'après les collections de Hardouin et de Labbe.

Les *Lois des Barbares* d'après l'édition in-f° des Monumenta Germaniæ historica, excepté pour la loi Salique, citée d'après l'édition de Pardessus et pour les lois des Wisigoths, citées d'après l'édition de Walter.

Les *Capitulaires*, d'après l'édition de Boretius et de Krause ; le recueil de *Benedictus Levita*, d'après l'édition de Baluze.

Les *Coutumes*, d'après le coutumier général de Bourdot de Richebourg, sauf indication contraire en note ou dans la table ci-après.

Les *Ordonnances royales*, d'après les recueils de Jacques Corbin, de Néron, de Laurière, d'Isambert.

Ableiges. — Le grand coutumier de France, éd. Charondas. Paris, 1598.

Accarias. — Précis de droit romain, 4e éd. Paris, Pichon, 1886, 2 vol. in-8°.

Albert (G.). — La liberté de tester. Paris, Larose, 1895, gr. in-8°, 1 vol.

Allard. — *Persécutions* : Histoire des persécutions. Paris, Lecoffre, 5 vol. in-8°.

— *Esclaves*. Les esclaves chrétiens. Paris, Didier, 1 vol. in-12.

— *Mainmortables*. Esclaves serfs et mainmortables. 1 vol. in-8° Bruxelles et Paris, 1894.

Amiable. — De la condition des enfants illégitimes dans l'ancien droit français, dans : Revue historique de droit français, t. X, p. 369.

D'Arbois de Jubainville. — *Minorité*. Recherches sur la minorité et ses effets dans le droit féodal français, dans Bibl. Chart., t. XII, p. 415 et t. XIII, p. 136 et 153.

D'Argentré. — Commentarii in patrias Britonum leges. Paris, 1621, in-f°.

— Coustumes générales du pays et duché de Bretagne réformées en 1580. Paris, 1621, in-f°.

Argou. — Institution du droit français. Paris 1730, 2 vol. in-12.

Arrestez de M. le P. P. de L., 2 parties en 1 vol. Paris, 1702.

Assises de Jérusalem. — L'édition citée est celle de Beugnot. Paris, 1843, 2 in-f° ; parfois aussi, pour les Assises de la Haute-Cour, celle de La Thaumassière. Paris, 1690.

BALUZE. — Capitularia regum Francorum... nov. ed. cur. Petro de Chiniac. Paris, 1780, in-f°, 2 volumes.

BEAUCHET. — Loi de Vestrogothie, dans Nouvelle Revue historique de droit français, t. XI.

BEAUMANOIR. — Les coutumes de Beauvoisis, éd. LA THAUMASSIÈRE, Paris, 1690 (citée par chapitre et par page).

— *Les mêmes*, éd. BEUGNOT. Paris, 1842, in-8°, 2 vol. (citée par chapitre et numéro).

BEAUNE. — *Personnes*. Droit coutumier français. La condition des personnes. Paris, Larose, 1882, in-8°, 1 vol.

— *Biens*. Droit coutumier français. La condition des biens. Paris, Delhomme et Briguet.

— *Contrats*. Droit coutumier français. Les contrats. Paris, Delhomme et Briguet.

BEAUTEMPS-BEAUPRÉ. — *Anjou de 1141 ; Glosées ; Liger ; Anjou de 1463 ; Usaiges, stilles*. — Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine antérieures au XVIe siècle, 1re partie : Coutumes et styles. Paris, 1877-1883, 4 vol. in-8°.

BERNARD. — Histoire de l'autorité paternelle en France. Montdidier, 1864.

BEUGNOT. — Anciennes coutumes inédites d'Alais, dans Bibl. Chart., t. VII, p. 93.

— (Voyez : *Assises de Jérusalem* et BEAUMANOIR).

Bibl. Chart., Bibliothèque de l'école des Chartes.

BOISSIER. — La fin du paganisme. Paris, Hachette, 1891, 2 vol. in-8°

BOISTEL. — Le droit dans la famille, Paris, 1864.

BORETIUS. — Capitularia regum Francorum, t. I, Hanovre 1883, dans Monumenta Germaniæ historica. Legum, sect. II, t. I, in-4°.

BOUCHÉ-LECLERC. — Manuel des institutions romaines. Paris, Hachette, 1886, gr. in-8°, 1 vol.

BOUQUET (Dom). — Recueil des historiens de la Gaule. Paris, 1738-1786.

BOUTEILLER. — Somme rural, éd. Charondas. Paris, 1603.

Brachylogus. — Brachylogos juris civilis..., éd. Senckenberg. Francofurti, 1743.

BRODEAU. — V. *Coutumes notoires*.

CEPEDA. — Elements de droit naturel, trad. Onclair. Paris, Retaux, 1890, in-8°, 1 vol.

CHAMPION (E.). — La France d'après les cahiers de 1789. Paris, 1897, in-12.

Code Louis XIII, par Jacques CORBIN, Paris, 1628.

Conseil, Pierre de Fontaines : Conseil, éd. Marnier. Paris, 1846, in-8°, 1 vol.

COQUILLE. — Les œuvres de maistre Guy Coquille. Paris, 1666, in-f°, 2 vol.

CORBIN. — V. *Code Louis XIII*.

CORDIER. — Le droit de famille aux Pyrénées, dans Revue historique de droit français, t. V, p. 257, 353, 492.

CORNIL. — Contribution à l'étude de la patria potestas, dans nouvelle Revue historique de droit français, 1897, p. 416.

Corp. jur. can., Décret de Gratien, dans le Corpus juris canonici, éd. Friedberg. Leipsick, 1879, in-4°, 2 vol.

Cour des Bourgeois, v. *Assises de Jérusalem.*

Coutumes notoires. — Coustumes notoires jugées au Châtelet de Paris ; dans BRODEAU, Commentaire sur la coutume de Paris, t. II, p. 527. Paris, 1669.

DAGUESSEAU. — Dissertation sur les bâtards, dans le t. VII des Œuvres. Paris, 1759-1789, 13 vol. in-4°.

DARESTE. — Etudes d'histoire du droit. Paris, Larose, 1889, in-8°, 1 vol.

Decret. Greg. IX, Decretales de Gregoire IX. Voyez : *Corpus juris canonici.*

DELOUME. — Les manieurs d'argent à Rome jusqu'à l'Empire, 2e éd. Paris, Thorin, 1892.

DEMELIC. — Le droit coutumier des slaves méridionaux, I. Paris, 1877, 1 vol. in-8°.

DENISART. — Collection de décisions nouvelles, etc., 6e éd. Paris, 1768, 3 vol.

DESMARES. — Les décisions de Messire Jean des Mares. Dans Brodeau, Commentaires sur la Coutume de Paris, t. II, p. 559. Paris, 1669.

DEVAS. — Studies of family life. London, Burns and Oates, 1886.

Diplomata, v. PARDESSUS.

Droiz et commandemens. — Le livre des droiz et commandemens d'office de justice, éd. Beautemps-Baupré. Paris, 1865, 2 vol. in-8°.

ESMEIN. — *Histoire.* Cours élémentaire d'histoire du droit. Paris, Larose, 1895, 1 vol. in-8°.

— *Mariage.* Le mariage en droit canonique. Paris, Larose, 1891, in-8°, 2 vol.

— *Nouvelles théories.* — Nouvelles théories sur les origines féodales dans Revue historique de droit français, 1894, p. 523.

FERRIÈRE. — Les institutes du droit françois, par Me Claude de Ferrière. Paris, 1687, in-12, 2 vol.

FLACH. — *Origines.* Les origines de l'ancienne France. Paris, 1886-1893, in-8°, 2 vol.

— *Minorité.* Etude historique sur la durée et les effets de la minorité en droit romain et dans l'ancien droit français. Paris, Thorin, 1870, 1 vol. gr. in-8°.

FONTANON. — La practique de Masuer, mise en françois, 1 vol. Paris, 1597.

Fors de Béarn, éd. et trad., Mazure et Hatoulet, Paris, 1841, 1 vol.

FRANKLIN. — La vie privée d'autrefois : L'enfant. Paris, Plon, 1895, in-12, 1 vol.

FUSTEL DE COULANGES. — *Cité antique*. La cité antique. Paris, Hachette, 1895, in-12, 1 vol.

— *Questions hist.* Questions historiques, éd. Camille Jullian. Hachette, 1893, gr. in-8°, 1 vol.

— *Recherches*. Recherches sur quelques problèmes d'histoire. Paris, Hachette. 1894, gr. in-8°, 1 vol.

— *Nouvelles recherches*. Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire. Paris, Hachette, gr. in-8°, 1 vol.

GIDE-ESMEIN. — Etude sur la condition privée de la femme, par P. Gide. 2e éd. par A. Esmein. Paris, Larose, 1885, in-8°, 1 vol.

GIRAUD. — Essai sur l'histoire du Droit français au moyen-âge, Paris, 1846, in-8°, 2 vol.

GLASSON. — *Angleterre*. Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre. Paris, 1881-1884, in-8°, 6 vol.

— *France*. Histoire du droit et des institutions de la France (en cours de publication. Paris, Larose, in-8°).

— *Successions barbares*. Le droit de succession dans les lois barbares, tirage à part. Paris, Larose, 1886, broch. in-8°.

— *Successions au moyen-âge*. Le droit de succession au moyen-âge, tirage à part. Paris, Larose, 1893, broch. in-8°.

GODEFROY. — Codex Theodosianus, cum perpetuis commentariis..., éd. Ritter. Mantoue, 1750, 6 vol. in-f°.

GOYAU. — Chronologie de l'empire romain. 1 vol. in-12, Paris, Klincksieck, 1891.

GREG. TUR. — Grégoire de Tours : Histoire des Francs, éd. Omont et Collon. Paris, Picard, 1886-1893, in-8°, 2 vol. (coll. de textes pour servir à l'étude et à l'enseignement de l'histoire.)

GRIMM. — Deutsche Rechtsalterthümer, 3te Ausgabe. Göttingen, 1881, 1 vol. in-8°.

GUYOT. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Paris, 1784-85, in-4°, 17 vol.

HÆNEL. — Corpus juris romani antejustinianei. Bonn, 1835-44, 3 vol. in-4°.

HARDOUIN. — Conciliorum collectio regia maxima, studio P. J. Harduini. Paris, 1714-1715, in-f°, 12 vol.

HEUSLER. — Institutionem des deutschen Privatrechts. Leipzig, 1885, gr. in-8°, 2 vol.

HOUARD. — *Coutumes*. Traité sur les coutumes anglo-normandes publiées en Angleterre depuis le XIe jusqu'au XIVe siècle, Rouen, 1770, 4 vol.

— *Dictionnaire*. Dictionnaire analytique, etc., de la coutume de Normandie. Rouen, 1770, 4 vol. in-4°.

— *Littleton*. Anciennes loix des François conservées dans les coutumes angloises, recueillies par Littleton (nouv. éd.). Rouen, 1779, 2 vol. in-4°.

D'HULST. — *La morale de la famille*. Conférences de Notre-Dame de Paris. Paris, Poussielgue, 1 vol. in-8°.

HUMBERT. — Du régime nuptial chez les Gaulois, dans Revue hist. de droit français, 1858, p. 517.

IHERING. — L'esprit du droit romain, trad. de Meulenaere. Paris, 1886, 2 vol.

ISAMBERT. — Recueil des anciennes lois françaises, depuis 420 jusqu'à 1789, par Jourdan, Decrusy, Isambert et Taillandier. 1824-1833, 30 v. in-8°.

JAC. — Bonaparte et le Code civil. Paris, 1898, 1 vol.

JARRIAND. — *Succession coutumière.* La succession coutumière dans les pays de droit écrit, dans Nouvelle Revue historique de droit français, t. XIV, p. 30 et 222.

Jostice et Plet. Li livres de Jostice et de Plet, éd. Rapetti (coll. des doc. inédits). Paris, 1850, 1 vol. in-4°.

DE JOUY. — Arrests de règlement. Paris, 1752, 1 vol.

JUSTEL. — Bibliotheca juris canonici veteris. Paris, 1661, 2 vol. in-4°.

KLIMRATH. — Travaux sur l'histoire du droit, éd. Warnkönig. Paris, 1843, 2 vol.

KŒNIGSWARTER. — Histoire de l'organisation de la famille en France. Paris, 1851, in-8°, 1 vol.

KRAUSE. — Capitularia regum francorum, t. II. Hanovre, 1890, 2 parties, 2 vol. in-4°, une seule pagination, dans Monumenta Germaniæ historica. Legum, sect. II, t. II.

KRAUT. — Die Vormundschaft, nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Göttingen, 1835-1859, 3 vol.

KURTH. — Les origines de la civilisation moderne, 3e éd. Paris, Retaux, 1898, in-8°, 2 vol.

LABBE. — Sacrosancta concilia, studio Labbei et Cossartii. Paris 1671, 1672, in-f°, 18 vol.

LAFERRIÈRE. — Histoire du droit français, précédé d'une introduction sur le droit civil de Rome. Paris, 1846-1858, 6 vol.

LALLEMAND. — Histoire des enfants abandonnés et délaissés. Paris, 1885, in-8°, 1 vol.

Las costumas de la villa de Bordeü. Coutumes du ressort du Parlement de Guienne, 2 in-8°, 1768, t. I.

DE LAURIÈRE. — V. LOYSEL.

— Textes des coutumes de la prévoté et vicomté de Paris. Paris, 1698, in-12.

LEHUÉROU. — Histoire des institutions carolingiennes. Paris, 1843, 1 vol.

LETOURNEAU. — *Mariage.* L'évolution du mariage et de la famille. Paris, 1888.

LOYSEL. — Institutes coutumières, avec les notes d'Eusèbe de Laurière, éd. Dupin et Laboulaye. Paris, 1846, in-12, 2 vol.

MARNIER. — *Normandie.* Etablissements et coutumes, assises et arrêts

de l'Echiquier de Normandie au XIII[e] siècle (1207-1245). Paris, 1839, in-8°, 1 vol.

— *Picardie*, Anciens usages d'Amiens. Anciens coutumiers de Picardie, Ponthieu et Vimen ; Anciens usages d'Amiens. 1 vol., Paris, 1840.

MASUER. — Voyez Fontanon.

MONTESQUIEU. — *Esprit des Lois*, t. I et IV des Œuvres. Amsterdam, 1790, 7 vol. in-18.

MORILLOT. — De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen-âge, en Europe, dans Revue historique de droit français et étranger, t. VI, p. 149, 363 et 526.

MOULLIÉ. — Coutumes de Larroque-Timbaud (1270), dans Revue historique de droit français, t. X, p. 141 et 391.

NÉRON. — Recueils d'édits et ordonnances, éd. augmentée par de Laurière et de Ferrière. Paris, 1720, 2 vol.

OZANAM. — *Etudes germaniques*, 2 vol. Paris, Lecoffre, 1894 (t. III et IV des Œuvres complètes).

— La civilisation au V[e] siècle, 2 vol. in-12. Paris, Lecoffre, 1894 (t. I et II des Œuvres complètes).

PARDESSUS. — *Diplomata*, chartæ... Paris, 1843, 2 vol. in-8°.

— *Loi salique*, Paris, 1843.

PASCAUD. — De l'autorité paternelle sur la personne et sur les biens des enfants légitimes ou naturels. Mémoire lu au Congrès des Sociétés savantes, à Paris, le 23 mai 1891 (tirage à part). Paris, Thorin, 1893.

Petrus. Petri exceptiones legum romanarum, dans Savigny, Histoire du Droit Romain au moyen-âge, traduct. Guénoux, t. II, p. 305, 480.

PLANIOL. — *L'Assise au comte Jeffroy*, dans nouvelle Revue historique de droit français et étranger, t. XI, p. 117. — Voyez : T. A. C. B.

LE PLAY. — La réforme sociale, Tours, Mame, 1878, 4 vol. in-12.

— L'organisation de la famille. Tours, Mame, 1875, 1 vol. in-12.

— La constitution essentielle de l'humanité. Tours, Mame, 1893, 1 vol. in-12.

POSADA. — Théories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'Etat. Paris, Giard et Brière, 1896, in-8°, 1 vol. (Biblioth. sociol. internat.).

POTHIER. — Traités sur différentes matières de droit civil. Paris, 1773, in-8°, 7 vol.

— Coutumes des duché, bailliage et prévoté d'Orléans. Paris, 1760 (sans nom d'auteur), 3 t. en 2 vol. in-12.

POULLAIN DU PARC. — *Coutume*. La coutume et la jurisprudence coutumière de Bretagne dans leur ordre naturel. Rennes, Vatar, 1759, 1 vol. in-12.

— *Principes*. Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne. Rennes, Vatar. 1767, 11 vol. in-12.

Pseudo-Isidor. Decretales Pseudo-Isidorianæ et capitula Angilramni. éd. Hinschius, 1 vol. Leipsick, 1863.

DE RIBBE. — *Familles*. Les familles et la société en France avant la Révolution. Tours, Mame, 1879, 2 vol. in-12.

— *Société provençale*. La société provençale à la fin du moyen-âge. Paris, Perrin, 1898, 1 vol. in-8°.

— Une famille au XVIe siècle. Tours, Mame, in-12, 1879.

— La vie domestique, 2e éd. Paris, 1877, 2 vol. in-12.

RICHEBOURG. — Nouveau coutumier général. Paris, 1724, in-f°, 4 v.

RIVE. — Geschichte der deutschen Vormundschaft. Braunschweig, 1862, 2 vol. in-8°.

RIVIER. — Précis du Droit de famille romain. Paris, Rousseau, 1891, 1 vol. in-8°.

ROTHE. — Traité de droit naturel théorique et appliqué, t. I à III. Paris, Larose, 1885-1896.

ROZIÈRE. — Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du Ve au Xe siècle, 3 vol. Paris 1859, 1871.

SAGNAC. — La législation civile de la Révolution. Paris, Hachette, 1898, 1 vol. gr. in-8°.

VON SALIS. — Beitrag zur Geschichte der väterlichen Gewalt nach altfranzösischem Recht, dans : Zeitschrift des Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Band VII, 4tes Heft. Germanistische Abtheilung, 2tes Heft, Weimar, 1887.

VON SCHULTE. — Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne, trad. Marcel Fournier. Paris, Durand, 1882, in-8°, 1 vol.

SIMONNET. — Etudes sur l'ancien droit bourguignon d'après les protocoles des notaires (XIVe et XVe siècles), dans Revue historique de Droit français, t. XIV, p. 529 et XV, p. 161.

SIMONNET (Henri). — Le mundium (thèse). Paris, Larose, 1898.

SIRMOND. — Concilia antiqua Galliæ. Paris, 1629, 3 in-f°. Supplementa du P. Delalande, 1 vol. in-f°. Paris, 1666.

SOLER. — Ideal de la familia. Madrid, 1887.

Somme rural. V. BOUTEILLER.

STARCKE. — La famille primitive. Paris, Alcan, 1891, in-8°, 1 vol. (Bibl. scient. internat.).

SUMNER-MAINE — Etudes sur l'histoire du droit. Paris, Thorin, 1889, 1 vol. in-8°.

— *Coutume primitive*. Etudes sur l'ancien droit et sur la coutume primitive. Paris, Thorin, 1884, 1 vol. in-8°.

— Etudes sur l'histoire des institutions primitives. Paris, Thorin, 1880, in 8°.

— L'ancien droit, trad. Courcelle-Seneuil. Paris, Guillaumin, 1874.

T. A. C. B. — Très ancienne coutume de Bretagne, éd. PLANIOL.

TAINE. — Les origines de la France contemporaine, tome I . L'ancien régime. Paris, Hachette, 1876, 1 vol. in-8°.

TAPARELLI. — Essai théorique de droit naturel. Tournai, Casterman, 1883, 2 vol. gr. in-8°.

TARDIF. — *Sources canoniques*. Histoire des sources du droit canonique. Paris, Picard, 1887, in-8°, 1 vol.

— *Origines romaines*. Histoire des sources du droit français : Origines romaines. Paris, Picard, 1890, in-8°, 1 vol.

TAUDIÈRE. — Traité de la puissance paternelle. Paris, Pedone, 1898, 1 vol. in-8°.

THEVENIN. — Textes relatifs aux institutions publiques et privées aux époques mérovingiennes et carolingiennes. Institutions privées. Paris, Picard, 1887 (coll. de textes pour servir à l'étude et à l'enseignement de l'histoire).

THOMASSIN. — Ancienne et nouvelle discipline de l'Eglise. Paris, 1725, 3 vol. in-f°.

TROPLONG. — De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains, 2° éd. Paris, 1855.

DE VALROGER. — Les Celtes et la Gaule celtique. Paris, Didier, 1879, 1 vol. in-8°.

VANTROYS. — Etude historique et juridique sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants. Paris, Rousseau, 1889 (thèse).

VIOLLET. — *Droit privé* et sources. Histoire du Droit civil français. Paris, Larose, 1893, 1 vol. in-8°.

— *Droit public*. Histoire des institutions politiques et administratives de la France. Paris, Larose. (En cours de publication).

— *Etablissements*. Les établissements de saint Louis, publiés pour la Société de l'histoire de France. Paris, Renouard, 1881-1886, 4 vol. in-8°.

WACHTER. — Glossarium germanicum.

WALTER. — Corpus juris germanici antiqui. Berlin, 1824.

WASSERSCHLEBEN. — Die Bussordnungen der abendländischen Kirche. Halle, 1851.

WEISS. — Apologie des Christenthums, vom Standpunkte der Sitte und Cultur, Freiburg-im-Breisgau. Herder, in-8°, 5 t. en 7 vol.

WESTERMARCK. — Origine du mariage dans l'espèce humaine. Paris, Guillaumin, 1895.

INTRODUCTION

« Si j'essayais de tracer l'histoire complète de la puissance paternelle, j'écrirais l'histoire d'une royauté qui, de despotique et perpétuelle, est devenue tempérée et temporaire, et qui a vu, en outre, son domaine, dont l'étendue était, à l'origine très vaste, se circonscrire et se fermer... L'importance originelle et la décadence graduelle de l'autorité maritale et paternelle s'expliquent par quelques considérations générales. La famille, c'est la société primitive, la société tout entière ; le mari-père, c'est l'autorité primitive, l'autorité tout entière. De la famille est issue une société plus large ; de la puissance paternelle est issue pour partie la puissance sociale. Mais ces deux forces ne purent subsister intégralement l'une en face de l'autre ; elles se contrarièrent, car les premiers rois furent, à peu près, des *patresfamilias* et les pères de famille ne cessèrent point d'être à peu près des rois. Il y avait là un conflit fatal. L'Etat diminua le père et atteignit la famille. L'équilibre entre ces deux puissances, l'une primitive et nécessaire, l'autre de formation secondaire, reste l'un de ces problèmes éternellement mobiles autour desquels s'agite l'activité douloureuse de l'humanité »[1].

Ce serait un beau livre, celui qui développerait dans toute son étendue le programme tracé par M. Paul Viollet dans ces quelques lignes. Composé par un esprit impartial et soucieux seulement de la vérité, il projetterait de vives lumières sur l'histoire des origines humaines ; la science des institutions lui devrait beaucoup, la science sociale plus encore ; et sa clarté ferait rentrer dans l'ombre, d'où elles n'auraient jamais dû sortir, bien des hypothèses qui se donnent aujourd'hui pour des certitudes et s'installent comme telles dans le domaine de

[1] VIOLLET, *Droit privé*, p. 497, 498.

la philosophie, de la sociologie et de l'histoire. Entreprendre d'écrire ce livre serait pour moi, sans doute, passer les bornes d'une ambition raisonnable ; mais je veux essayer, du moins, d'en esquisser un chapitre, celui qui regarde mon pays : heureux s'il m'est donné de la sorte d'apporter à mon tour, à celui qui l'écrira, un modeste mais utile concours.

Exposer les origines de l'autorité paternelle en France, décrire les phases de son évolution, chercher les rapports que chacune d'elles put avoir, comme cause ou comme effet, avec l'évolution de la société tout entière ; étudier en un mot, ce que fut, dans les idées, les mœurs, les lois, aux diverses époques de notre histoire, le mouvement de notre « activité douloureuse » autour du problème de l'organisation familiale, tel sera donc le cadre de ce travail. Mais, avant de commencer à le remplir, peut-être ne sera-t-il pas inutile de résumer la philosophie et l'histoire générale de l'institution que je me propose de considérer parmi nous.

Toutes les sciences qui ont l'homme pour objet sont étroitement liées l'une à l'autre. Il se fait entre elles un perpétuel échange de clartés dont il est bon de profiter le plus possible. De là les deux parties de cette introduction. Je la terminerai en indiquant à grands traits le plan de l'étude qu'elle précède, et dont elle fera mieux saisir, j'espère, l'importance historique et la portée sociale.

I

Organisation rationnelle de la société familiale, sous l'autorité du père [1].

La naissance de l'enfant établit entre ses parents et lui une société naturelle. C'est ce fait qui la rend nécessaire : nécessité physique et morale pour lui, à raison de sa faiblesse; nécessité

[1] Les principes que je résumerai ici sont l'objet de nombreuses controverses dans le détail desquels je ne pourrai pas entrer. Je ferai seulement connaître en note les plus importantes.

morale pour eux à raison de leur devoir, d'accord avec l'inclination de leur cœur. Par cela même, d'ailleurs, qu'elle est nécessaire à l'enfant, elle est la fin implicite que les parents ont dû se proposer en formant la société conjugale. Sans elle, en effet, la fin principale de cette société, qui est la perpétuation de l'espèce, ne saurait être atteinte.

L'enfant apparaît ainsi tout d'abord comme le centre de la société paternelle ou filiale. Elle naît avec lui, à cause de lui, pour lui. Elle dure tant qu'elle lui demeure nécessaire. Ses liens se relâchent, sans doute, à mesure que la nécessité décroît, mais ils subsistent. Se rompent-ils, comme le veut Rousseau [1], lorsqu'elle disparaît ? Il n'est pas possible de l'admettre. Elle ne cesse, en effet, que du côté de l'enfant; encore reste-t-il la possibilité qu'elle renaisse, s'il vient plus tard, par exemple, à perdre la raison ou la santé. Du côté des parents, le devoir est toujours le même, l'inclination du cœur ne change pas : l'un et l'autre leur ordonnent impérieusement de faire tout ce qui dépend d'eux pour le bien de l'enfant auquel ils ont donné la vie [2]. Ils ont acquis, d'autre part, en se dévouant pendant tant d'années, le droit de trouver, par un juste retour, dans la société familiale les secours matériels que l'âge ou la maladie pourront leur rendre nécessaires, et dans le cœur des enfants l'affection, la reconnaissance et le respect. Les rôles sont intervertis. Le besoin passe du côté des parents, le devoir du côté des enfants : la société établie entre eux par le fait primordial de la naissance reste nécessaire. Elle est donc perpétuelle : ses liens ne sont dissous que par la mort.

A cette société, comme à toute autre, il faut une autorité, c'est-à-dire un principe intelligent et ayant pouvoir d'obliger, qui coordonne les volontés et les dirige en vue d'une même fin [3]. Comme toute autorité, celle-ci devra se proposer pour but de son action le bien de ceux qui lui seront soumis, c'est-

[1] *Contrat social*, I,2.

[2] Plusieurs auteurs voient là le fondement même de l'autorité paternelle, mais ce n'est qu'un des titres des parents à en être dépositaires. Le devoir de faire du bien à quelqu'un si impérieux qu'il soit, si nécessaire que ce bien puisse être, ne crée pas l'autorité sur ce quelqu'un.

[3] TAPARELLI, t. I, p. 171, 172 et notes.

à-dire de la société et de ses membres; et c'est aussi en vertu de leur devoir de tendre à cette fin que chacun des membres du corps social sera tenu d'obéir. Leur soumission se ramène, en dernière analyse, à l'accomplissement d'un devoir envers eux-mêmes [1] : la société paternelle leur est nécessaire; l'autorité paternelle est nécessaire à cette société, et à chacun de ses membres: ils ont double obligation de lui obéir [2].

La nature, d'ailleurs, en formant la société paternelle, a suffisamment désigné les dépositaires de l'autorité domestique. Liés tous deux à l'enfant par l'affection et le devoir, placés près de lui par le Créateur avec l'évidente mission pour tous deux de pourvoir à ses besoins de toutes sortes, les parents ont un droit naturel à l'exercice de cette autorité. Ils y sont seuls aptes, et ils le sont l'un et l'autre. C'est donc en eux qu'elle réside, mais à des degrés manifestement inégaux.

Le père l'emporte sur la mère. Il est déjà le chef de la société conjugale. Il est mieux fait pour commander. S'il n'a qu'un rôle secondaire dans les soins qu'exige la première enfance, il aura le rôle principal, surtout à l'égard de ses fils, lorsqu'il

[1] ROTHE, t. III, p. 25.

[2] Les opinions les plus diverses ont été émises sur le fondement de l'autorité paternelle. Grotius semble indiquer un droit de propriété (*Droit de la guerre et de la paix*, II, V, § 1). Puffendorf invoque le consentement présumé des enfants. Rosmini et après lui M. Boistel distinguent la personne de l'enfant et sa nature, c'est-à-dire ses facultés (BOISTEL, p. 9, 17). Les parents acquerraient, par occupation, un droit de jouissance temporaire et décroissant sur la nature, et, en vertu de la génération, un droit d'autorité sur la personne, non comme propriétaires, mais comme s'étant implicitement réservés ce droit en fondant une famille en vue de leur bien propre et du bien de l'enfant (BOISTEL, p. 19, 22). Quant à la société filiale, ces auteurs la fondent sur le consentement de ses membres, consentement libre chez les parents, obligatoire chez les enfants (BOISTEL, p. 43 et s.). Ahrens donne pour fondement à l'autorité paternelle « l'obligation de prendre soin de toute la personne de l'enfant, et principalement la fonction de l'éducation » (p. 294); Bernard, l'intérêt de l'enfant et l'amour paternel (p. XI, XVII); Taparelli (t. II, p. 162, 163, 164) voit surtout dans le père le chef de la société conjugale, de la famille dans laquelle l'enfant entre par la naissance. Cépeda (p. 350 et s.) donne comme base au droit du père son devoir d'éducation; c'est en somme l'opinion d'Ahrens. Taudière (p. 20 et s.) indique le besoin de l'enfant d'être élevé, et de la famille d'être gouvernée et unifiée. C'est en analysant cette notion que M. Rothe (*loc. cit.* ci-dessus, note 1) l'a réduite au principe que j'adopte après lui. Enfin, on a indiqué la communauté d'habitation, qui n'a rien de spécial aux enfants; et même, au rapport d'Ahrens, un soi-disant délit commis par les parents contre leur enfant, en le mettant au monde hors d'état de s'y suffire !

s'agira de la formation morale, de l'instruction, des conseils à donner pour le choix d'un métier, d'une carrière ou d'un mariage. C'est lui qui peut le mieux gouverner la société domestique, lui procurer des ressources, veiller à ses intérêts moraux et pécuniaires, maintenir son unité, assurer sa stabilité. Il la relie aux générations précédentes, à la souche familiale qu'elle renouvelle et perpétue. L'autorité aura pour mission de conserver ce lien, de le fortifier, de transmettre et de faire aimer les traditions familiales : il est tout désigné pour la recevoir.

Tant qu'il sera capable de l'exercer, la mère n'aura que le droit d'y participer par le conseil et d'agir sous son contrôle et sa direction, lorsqu'il ne pourra pas agir lui-même[1]. Mais s'il meurt, s'il se montre incapable, s'il se rend indigne[2], la mère est naturellement désignée pour prendre sa place[3]. Elle a les mêmes titres que lui à l'autorité, bien qu'ils aient en elle moins de force ; ces titres l'emporteront toujours sur ceux de toute personne étrangère à la société filiale. Dans cette société même, en supposant que l'on y puisse trouver au père un autre successeur capable, elle aura toujours la primauté pour les raisons qui lui donnent, du vivant même du père, un droit naturel de le suppléer et de participer avec lui au gouvernement domestique[4].

[1] Le prédécès de la mère ne saurait donc transformer le pouvoir du père en simple tutelle.

[2] La mère comme dépositaire de l'autorité, et les enfants, comme membres de la société, ont le droit de provoquer la déchéance du père incapable ou indigne.

[3] Le pouvoir naturel de la mère sur ses enfants, en ces différents cas, est donc plus qu'une simple tutelle.

[4] Rothe (t. III, p. 179) donne au fils aîné, du vivant du père, à peu près les mêmes droits qu'à la mère et lui attribue, de préférence à celle-ci, le droit de remplacer le père mort, incapable ou indigne, dans l'administration des biens des enfants. Je ne puis discuter cette opinion. Cependant, comme la reconnaissance d'un droit en faveur de l'enfant limite l'autorité du père, et comme je trouverai souvent le droit d'aînesse sur mon chemin, je dirai qu'en théorie pure, il semble rationnel d'attribuer au fils aîné certains privilèges vis-à-vis de ses parents et vis-à-vis des autres enfants. Comme fils, il n'est que l'égal de ses frères et sœurs ; mais, comme aîné dans la société familiale, il est ordinairement plus apte à seconder et à remplacer les parents. Dès lors, il est bon que ceux-ci le préparent à sa mission et qu'il puisse recevoir et faire tout ce qui est nécessaire pour la remplir. L'intérêt de la famille, qui impose à l'aîné des devoirs sur lesquels ses droits se fondent, n'est autre, en somme que l'intérêt des enfants ; et

Le père, et, au-dessous de lui, la mère, ou l'un seulement des deux si l'autre fait défaut, tels sont donc les dépositaires de l'autorité paternelle. Combien de temps la conserveront-ils ? Tant qu'elle aura sa raison d'être et qu'ils y garderont leurs titres. Quelle est donc cette raison d'être ? C'est la loi qui veut qu'une société ne puisse exister sans autorité : aussi longtemps que la société dure, et ici elle est perpétuelle, la raison d'être de l'autorité subsiste. Quels sont les titres des parents ? C'est d'abord la situation dans laquelle le fait de la paternité les place vis-à-vis de leurs enfants. Ce fait est indélébile : indélébile aussi, par conséquent, le caractère de supériorité qu'il imprime au front des parents. C'est aussi l'aptitude à exercer l'autorité. Ils la possèdent seuls au sein de la société filiale naissante. Alléguera-t-on que l'âge la fait décroître en eux ? Et quand cela serait, ne fait-il pas décroître en même temps le poids de l'autorité ? L'éducation s'achève ; les enfants deviennent un soutien plutôt qu'une charge. Normalement, la mission des parents doit se réduire de plus en plus à la conservation du patrimoine et à la garde des intérêts moraux de la société familiale. L'âge, bien loin de les y rendre inhabiles, les y rend plus aptes en accroissant leur calme, leur sagesse, leur expérience, la vénération dont on les entoure, leur souci de relier le passé qu'ils représentent à l'avenir qu'ils ont préparé. Leurs titres à exercer l'autorité dans la société familiale sont donc perpétuels comme cette autorité et cette société elles-mêmes[1].

c'est un intérêt supérieur à ceux qui leur sont exclusivement personnels. D'autre part, il importe à la société politique, dont ils font partie, que la famille soit stable et une, et, par suite, qu'elle ait toujours un chef. Les enfants regagneront donc deux fois, comme membres des deux sociétés, ce qu'ils auraient pu perdre comme individus (Cf. : TAPARELLI, t. II, p. 147).

[1] *Sic :* TAUDIÈRE, p. 20 et s. ; — TAPARELLI n'envisage dans l'autorité que le droit de commandement et en limite la durée à celle de l'éducation et de la communauté d'habitation. Il semble oublier que ce droit n'existe pas seulement dans l'intérêt de l'éducation, mais aussi dans l'intérêt de la société familiale (t. II, p. 165-166) ; — ROTHE professe la même doctrine, (t. III, p. 19 et 67) ; — BOISTEL (p. 70-88) admet la perpétuité de l'autorité paternelle ; — CEPEDA semble d'abord adopter la même opinion que Taparelli ; mais il y apporte ensuite des restrictions qui identifient sa doctrine à celle que j'adopte : il donne au terme « puissance paternelle » un sens plus restreint (*loc. cit.*, ci-dessus, p. 4, note 2).

Cette autorité, d'ailleurs, n'a pas, à toutes les époques de sa perpétuelle durée, la même étendue. Pouvoir d'obliger en vue du bien de la société et de ses membres, elle se mesure évidemment à ce que ce double bien réclame; or, nous venons de le voir, le bien des enfants et même, au point de vue matériel, celui de la famille, réclament de moins en moins, dans le cours ordinaire de la vie, l'intervention des parents. Leurs devoirs et leurs pouvoirs vont donc, à cet égard, en diminuant d'étendue. C'est ce qu'une détermination sommaire de cette étendue va démontrer mieux encore.

Les données de la raison sur ce sujet découlent toutes logiquement des principes que je viens de résumer. Je me bornerai donc à les énumérer, en considérant successivement l'autorité paternelle dans la société filiale et dans la société politique.

Dans la première, son exercice apparaît comme l'accomplissement d'un double devoir : assurer la vie et l'éducation des enfants; maintenir l'unité et la stabilité de la famille. C'est l'étendue de ce devoir qui fixe celle des pouvoirs du père.

A l'enfant, le père doit l'éducation, c'est-à-dire la formation physique, intellectuelle et morale qu'il est apte à recevoir et que sa condition lui rend nécessaire. Le père aura donc tous les droits nécessaires à cette éducation : droits de garde, de commandement, de correction ; mais il ne pourra pas en user pour une fin différente, ni de telle sorte que cette fin ne puisse être atteinte. Il ne peut donc user de ces pouvoirs ni dans son intérêt purement personnel, ni pour corrompre son enfant, ni pour le laisser dans l'ignorance, ni pour lui imposer des travaux ou des châtiments excessifs. A plus forte raison, n'a-t-il ni le droit de vie et de mort, ni celui d'exposition, ni celui de vente; mais il peut, sans aucun doute, pour un plus grand bien de l'enfant, déléguer son autorité et même y renoncer entièrement.

L'éducation ne se conçoit pas comme perpétuelle. Lorsqu'elle est terminée, le devoir du père cesse, et, avec lui, les droits dont il est la source. L'enfant est majeur, capable de se diriger lui-même : il ne se doit plus de subordonner à une autre direction des actes dont il est désormais pleinement et

uniquement responsable. Si le père conserve encore un droit de commandement, ce n'est pas comme éducateur ; c'est comme chef de la société domestique et seulement dans l'intérêt de celle-ci. L'enfant, d'ailleurs, se doit encore, en choses d'importance et qui intéressent toute la famille, comme le choix d'une carrière ou le mariage, de tenir compte de l'avis de ses parents. Ils le connaissent mieux, ils l'aiment davantage, ils sont donc plus aptes à le conseiller que qui que ce soit. Il a, d'autre part, envers eux, à raison de leur dévouement, un devoir de reconnaissance, et à raison de leur âge et de leur situation dans la société familiale, un devoir de respect, qui rendent encore plus forte pour lui l'obligation de recourir à leurs conseils. Ces conseils, les parents ont le droit de les donner; bien plus, ils en ont le devoir comme chefs de la famille et tenus, en cette qualité, à faire tout ce qui est en leur pouvoir pour le bien de ses membres[1].

Outre l'éducation, les parents doivent assurer la vie de l'enfant Cette obligation, à l'inverse de la première qui est une, fixe et temporaire, apparaît à la raison comme multiple, variable et perpétuelle. Elle comprend, en effet, le devoir d'entretenir l'enfant pendant sa période de formation, celui de lui conserver ses biens personnels, celui de lui procurer un établissement convenable par un apprentissage ou par des études plus spéciales que ne le comporterait le seul devoir d'éducation ; celui de l'assister dans le besoin, même après sa majorité. Le père aura tous les droits nécessaires à l'accomplissement de ces devoirs, entre autres le droit d'administrer les biens de son enfant et comme nous le verrons tout à l'heure, celui de disposer, dans son intérêt, en cas de nécessité, d'une partie du patrimoine familial. Mais nous trouvons à ces droits les mêmes limites qu'aux droits de garde, de commandement et de correction. Il faut en conclure, notamment, que le père n'a pas droit, en cette seule qualité, à l'usufruit et bien moins encore à la propriété des biens acquis par l'enfant à quelque titre que ce soit[2].

[1] Nous verrons dans un instant qu'ils ont même, en certains cas, plus qu'un droit et un devoir de conseil.

[2] Rothe (t. III, p. 134) ; — Cepeda (p. 352) et la plupart des auteurs invoquent

Le père, enfin, doit à la fois à l'enfant et à la famille de maintenir l'unité et la stabilité de celle-ci. De cette obligation découle pour lui une nouvelle catégorie de devoirs, et, par suite, de droits. Ils ont d'abord pour objet, dans les limites de la liberté de conscience, le culte familial. La famille appartient par ses origines, par son but, par les conditions de sa formation et de son existence, à l'ordre des sociétés qui ne peuvent être unes et stables sans religion et, par conséquent sans culte. Le père doit y pourvoir. Il doit aussi garder et transmettre les traditions et le souvenir des ancêtres. Il doit faire honorer les grands parents : car les parents forment avec eux une société filiale, première assise, grâce à laquelle le foyer qu'ils fondent à leur tour trouve une base ferme et profonde dans le passé. Il doit veiller à l'accomplissement des devoirs que crée le lien familial : devoirs réciproques d'affection, de concorde, de gratitude, de respect et d'assistance entre tous ceux que ce lien unit[1]. Il doit encore prendre souci de l'avenir, afin que, dans la mesure du possible, l'héritage moral et l'héritage matériel de la famille puissent être reçus et conservés intacts par ceux qui sont appelés à la continuer.

Il suffit de reconnaître au père un droit de commandement pour lui rendre possible l'accomplissement du plus grand nombre de ces devoirs. Ce droit sera perpétuel, comme eux. Le père pourra donc, comme chef de la société domestique interdire à ses enfants majeurs les actes qui seraient manifestement contraires à leurs devoirs envers elle, par exemple, un

à l'appui de l'opinion contraire, les charges de l'éducation, le devoir de reconnaissance et le devoir de respect. C'est oublier que les charges de l'éducation incombent au père et non à l'enfant ; que le devoir de reconnaissance n'oblige pas l'enfant à abandonner la jouissance de ses biens à ses parents ; et que, si le devoir de respect lui interdit d'exiger un compte, rien ne s'oppose à ce que l'on en dispense le père sans lui reconnaître par là un droit d'usufruit. Le père ne pourrait, ce semble, puiser un droit aux revenus du fils, que dans le devoir qui s'impose à celui-ci d'assister ses parents et ses frères dans le besoin ; de rapporter les frais faits dans son intérêt personnel, au-delà de ce que les ressources de la famille comportent ; et de contribuer, selon ses moyens, au bien-être de la société domestique dans le cas d'habitation commune.

[1] Ai-je besoin de faire observer que ces devoirs s'imposent aux enfants, par rapport à leurs parents, avec une force et une étendue toutes spéciales ?

mariage ou une entreprise évidemment déshonorants. Nous trouvons toujours, du reste, aux droits du père les mêmes limites. C'est ainsi qu'il ne pourra pas user du droit que nous venons de lui reconnaître pour empêcher une union honorable ou pour en imposer une de son choix, encore moins pour rompre celle qui aurait été contractée. C'est ainsi encore qu'il ne pourra pas, à moins que l'intérêt majeur de la famille ne l'y oblige[1], user de son droit d'assurer la transmission du patrimoine familial pour exhéréder un de ses enfants.

Sous le nom de patrimoine familial, il n'y a pas lieu, d'ailleurs, de comprendre tous les biens qui se trouvent aux mains du père, mais seulement ceux qui se sont transmis de génération en génération dans la famille et dont elle est le véritable propriétaire[2]. Ce patrimoine est nécessaire à la société domestique[3]. S'il n'existe pas, le père doit faire ce qui dépend de lui pour le constituer ; s'il existe, il n'en est pas le maître, car les enfants y ont des droits, non seulement en vertu de son devoir de le leur transmettre[4], mais comme membres de la famille propriétaire. Ces droits sont égaux en principe ; mais cette égalité n'est pas de leur essence : le père pourra donc, non seulement faire un partage, mais le faire inégal[5]. Souvent même, en pratique, la conception de la copropriété

[1] Il n'y a donc pas incompatibilité absolue entre l'idée de copropriété familiale et le droit d'exhérédation. L'un et l'autre ont coexisté, en fait, chez tous les peuples dont les lois ou les coutumes ont à la fois autorisé le père à émanciper l'enfant malgré lui et exclu l'enfant émancipé de la succession paternelle.

[2] V. Albert, p. 52 et s. On trouvera dans cet auteur de nombreuses références sur les diverses opinions en présence dans cette controverse.

[3] Sans ressources matérielles, en effet, elle ne peut atteindre sa fin. Il est vrai que c'est avant tout au père de les lui fournir. Mais si le père vient à manquer, où les prendra-t-elle ? De là le devoir du père de lui constituer un patrimoine quand elle n'en a pas et quand il le peut.

[4] Taparelli, t. II, p. 145, *Cf.* Albert, p. 136. — En droit naturel, il est incontestable que tout devoir envers quelqu'un a pour corrélatif le droit de ce quelqu'un à l'accomplissement de ce devoir. Est-ce à dire que la loi positive devra partout et toujours intervenir pour assurer cet accomplissement ? Assurément non.

[5] La théorie de la copropriété familiale ne mène donc pas nécessairement en pratique au système du partage forcé. Les enfants n'ont de droits que comme membres de la famille : ces droits se trouvent donc limités pour chacun d'eux par l'intérêt de celle-ci et par ce qu'elle doit aux autres enfants. Mille circonstances diverses peuvent faire varier ces limites.

familiale pourra conduire la coutume ou le législateur à reconnaître à l'aîné certains privilèges[1].

C'est bien à tort, d'ailleurs, que l'on a cru nécessaire de nier la copropriété familiale pour fortifier l'autorité du père[2]. On peut, même en l'admettant, réserver à celui-ci, comme je crois l'avoir fait, une liberté de disposer plus que suffisante. Il ne faut pas oublier que s'il importe de favoriser la puissance paternelle, c'est pour le bien de la société domestique. Pourquoi dès lors la fortifier aux dépens de celle-ci ? Est-on même bien sûr d'augmenter sa force en augmentant le pouvoir du père sur le patrimoine ? Cette force et ce pouvoir évoluent en sens inverses dans notre histoire : il progresse sans cesse, sans cesse elle décline. Nous verrons comment se produisent et ce progrès et ce déclin. Ce que nous savons dès maintenant, c'est que le plus sûr moyen de hâter la ruine d'une autorité, c'est de l'outrer et d'en rendre l'abus facile. Je crois, pour ma part, que toutes les libertés du monde, surtout les libertés relatives aux biens matériels, agents ordinaires de dissolution dans le monde moral, ne donneront pas à l'autorité paternelle tant d'élévation, de majesté, ni de force que les conceptions qui font du père le serviteur et le représentant de la famille, être perpétuel et sacré, fait de générations disparues, de souvenirs saints, d'héritages que l'on doit transmettre, d'affections pures, fidèles, désintéressées entre toutes et d'espoirs pour lesquels on vit.

L'étendue du pouvoir du père est la même, qu'il s'agisse d'enfants légitimes, naturels ou adoptifs. En donnant son enfant en adoption, d'ailleurs, le père ne peut que transmettre ses droits sur lui et l'affranchir des devoirs corrélatifs. L'en-

[1] Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 87 et 89. *Cf.* ci-dessus, p. 5, note 4; — M. Glasson (*Histoire du droit et des institutions de la France*, t. II, p. 69) regarde, au contraire, la copropriété familiale et le privilège d'aînesse comme deux conceptions incompatibles.

[2] Viollet, *Droit privé*, p. 497; — En ce qui concerne la liberté de tester, notamment, M. Viollet (*ibid.*, p. 529 texte et note 4) pense que Le Play y attachait une importance démesurée et qu'une étude plus approfondie de l'histoire eût modifié son opinion à ce sujet. Je le crois aussi. Le phénomène historique que je signale ici n'est pas spécial aux institutions de la France (V. notamment ci-après, 1re partie, ch. II, § II et III).

fant reste membre de la société familiale, et tenu de remplir les devoirs qui lui incombent en cette qualité. Quant aux bâtards, ils sont étrangers à la société conjugale, étrangers aussi, par conséquent, à la famille. La société domestique qui leur est nécessaire ne peut guère que s'ébaucher pour eux. L'union qui existe entre leurs parents, si tant est qu'il en existe une, est immorale et honteuse. Elle n'a pas eu leur naissance pour fin ; elle ne peut ni ne doit avoir de durée. Elle ne saurait, à raison de son caractère indigne, créer entre eux et le passé des liens auxquels ils puissent honorablement rattacher leur avenir. Ils n'ont aucun des droits que la qualité de membres de la famille assure aux enfants légitimes, et les parents n'ont envers eux, en fait d'éducation, d'entretien, d'établissement et d'assistance, que des devoirs réduits au minimum. Si rudimentaire, pourtant, que soit la société établie entre les bâtards et leurs père et mère, elle n'en existe pas moins ; elle n'en a pas moins besoin d'autorité ; cette autorité n'en est pas moins déférée aux parents. Il y a donc là une société et une autorité paternelles, incomplètes, il est vrai, et d'un ordre très inférieur, mais dont il y aura lieu de tracer l'histoire comme il y avait lieu d'en déterminer ici le caractère et l'étendue.

Il me reste, pour terminer, à considérer l'autorité paternelle dans la société politique. Elle y apparaît comme un droit et, par conséquent, elle doit, en principe, pouvoir s'y exercer dans toute son étendue. La respecter[1], la consacrer et même la favoriser directement ou indirectement dans les lois, soit en l'armant d'une sanction[2], soit en imposant aux pères l'accomplissement de leurs devoirs[3], soit en réprimant les abus de pouvoir[4], soit en écartant ce qui serait contraire à l'in-

[1] Notamment dans les lois concernant l'instruction publique, la tutelle, les successions.

[2] Lois ayant pour objet : les droits de garde et de correction ; la capacité des mineurs ; les droits des parents sur les biens des enfants, le consentement des parents au mariage des enfants ; l'adoption ; le testament et le partage, etc...

[3] Lois ayant pour objet : l'éducation ; la majorité, la responsabilité civile et pénale du père ; le travail des enfants ; les secondes noces des parents, etc...

[4] Lois ayant pour objet : la protection de l'enfance ; la déchéance de la puissance paternelle ; les divers crimes et délits commis par les parents contre les enfants, etc...

térêt familial[1], tel est le rôle de l'Etat. Il peut imposer à l'autorité maternelle les limites que l'intérêt social rendrait nécessaires, ou ne consacrer qu'une partie de ses droits ; il ne doit pas empiéter sur son domaine, encore moins se substituer à elle et l'absorber.

La famille, en effet, apparaît bien, telle que les paroles que je citais en commençant la caractérisent : elle est la cellule sociale, « la société primitive, la société tout entière ». Entre tout homme et ses parents, il y a une société nécessaire. Qu'elle disparaisse dans une collectivité plus vaste, c'est un phénomène qui peut se produire ; mais encore a-t-il fallu que cette collectivité se formât, sinon entre familles ou par l'extension d'une famille, au moins entre individus issus chacun d'une famille. Devant la raison, chacun des membres d'une société quelconque témoigne donc, par sa seule existence, de celle d'une société familiale antérieure et véritablement primordiale. La société paternelle se révèle ainsi comme l'origine et le type de la société politique ; l'autorité paternelle comme l'origine et le type de l'autorité dans l'Etat. Plus tard c'est encore la famille qui est, pour l'individu, l'initiatrice de la vie sociale. C'est en elle qu'il prendra la première notion de la collectivité et des devoirs de ses membres, de l'autorité et de la soumission qui lui est due. Rien n'effacera ces premières leçons. Les idées qu'elles auront formées pourront s'altérer dans la masse du peuple ; mais leur disparition complète devant des idées contraires restera toujours un phénomène rare et individuel. C'est au foyer domestique que se forment les mœurs privées et les mœurs publiques, desquelles dépend le sort des nations. Désorganiser la société familiale, détruire l'autorité paternelle, c'est donc, pour l'État, se désorganiser et se détruire lui-même ; et, malheureusement, s'il lui est à peu près impossible, lorsque les mœurs sont dépravées, de restaurer la famille, par le seul effort des lois, il ne lui est au contraire que trop facile de la ruiner, même lorsque

[1] Je pense ici un peu au partage forcé, et beaucoup au divorce. La plupart des principes que j'ai exposés le condamnent hautement comme désorganisant la famille et nuisant gravement à l'enfant.

les mœurs sont saines, par des lois abusives ou imprudentes[1].

Le respect de l'autonomie domestique et la consécration de l'autorité des parents s'imposent donc à l'Etat, non seulement comme un devoir, mais comme une nécessité. Son sort est lié à celui de la famille. Celle-ci est vis-à-vis de lui comme, dans les systèmes planétaires, les globes vis-à-vis de la masse centrale qui les emporte dans son mouvement. Ils reçoivent d'elle la loi de leurs cours ; mais ils réagissent sur elle ; ils en demeurent distincts, ils doivent, pour que l'ordre subsiste, garder leur physionomie particulière, leur structure et leurs mouvements propres. Il y a un point d'équilibre qui ne doit pas être dépassé : en deça, c'est déjà l'ordre ; mais au-delà, ce n'est plus que le commencement du chaos.

II

Origine et évolution de la société paternelle.

J'espère pouvoir, dans la suite de ce travail, apporter à l'appui des principes rationnels que je viens de résumer les leçons de l'expérience. C'est en son nom, cependant, qu'ils ont été le plus fortement contestés de nos jours, surtout en ce qui concerne les rapports de la famille et de l'Etat, soit au point de vue de leurs origines, soit au point de vue de leurs droits. On a fait appel à toutes les sciences d'observation capables de fournir quelques notions sur la nature de l'homme et le développement de l'humanité : biologie, zoologie, anthropologie, ethnographie, archéologie, histoire des institutions et des reli-

[1] Il n'y a pas d'exemple d'un peuple tiré de la décadence par ses lois. *Quid leges sine moribus, Vanæ proficiunt ?* disait déjà Horace à propos des lois caducaires ; et, plus tard, Tacite écrivait avec sa profondeur et sa concision habituelles : *Perditissima republicæ, plurimæ leges* (HORACE, *Od.*, III, 24 ; — TACITE, *Ann.*, III, 27). Il existe presque toujours, même au sein des peuples prospères, des principes de décadence suffisants pour servir de bases à de mauvaises lois, et elles les développent. Les principes de relèvement, au contraire, sont presque toujours insuffisants, chez les peuples déchus, pour assurer quelque efficacité aux bonnes lois, et triompher par elles.



gions, interprétation des mythes, légendes, chants populaires, superstitions et usages traditionnels, tout a été mis à contribution pour démontrer que l'homme n'a pas commencé par la famille, et que, lors de la formation de celle ci, le père n'en a pas été le premier chef.

Les divers systèmes qui se sont fait jour sur ce sujet ont avant tout le défaut d'être des systèmes. Ils sont voués fatalement, comme tels, à être contredits par les faits et à dénaturer leur témoignage. Ils ont, en outre, le tort plus grave de n'avoir pour bases que de pures hypothèses[1], fondées elles-mêmes sur d'autres hypothèses, et d'être construits à l'aide de procédés qui violent à la fois les règles de la critique, celles de l'observation et celles du raisonnement. C'est ainsi notamment, que leurs partisans font un usage immodéré du témoignage des voyageurs. « Or, remarque avec raison Fustel de Coulanges, il n'est rien de plus rare qu'une observation bien faite. L'étude d'un régime social est chose difficile, et on la rencontre rarement dans les récits des voyageurs »[2]. Parmi les faits même ainsi recueillis, ils se livrent à un triage. Ceux qui ne concordent pas avec le système, sont passés sous silence; ceux qui lui sont favorables, sont habilement présentés, groupés, comparés, interprétés, et l'on prétend ainsi « deviner les institutions les plus générales de l'humanité à l'aide de quelques cas particuliers que l'on va chercher de droite et de gauche[3].

Le succès de ces systèmes, dû au talent et à l'autorité scientifique de leurs défenseurs, à l'attrait de la nouveauté, à

[1] Ils sont fondés, en effet, sur les postulats suivants, qui n'ont, scientifiquement, rien de certain, ni même de probable : L'homme tire son origine d'animaux inférieurs. — Le sauvage actuel est un primitif et non un dégénéré. — Toutes les races humaines ont passé par un état identique à l'état sauvage actuel. — L'état primitif de l'homme a été nécessairement le plus grossier, le plus bestial dans lequel il puisse vivre. — En outre, leurs défenseurs raisonnent très souvent comme si un état social quelconque ne pouvait avoir été précédé, chez le même peuple, d'un état plus élevé, et comme si, de deux institutions, la plus grossière était toujours la plus ancienne. Ils reconnaissent pourtant qu'il n'en va pas ainsi en fait.

[2] Fustel de Coulanges, *Questions historiques*, p. 92; — Cf. les excellentes remarques de Sumner Maine, *Étude sur l'histoire du droit*, p. 485, 486.

[3] *Ibid.*, p. 102. Ces critiques tombent notamment sur les théories sociologiques de Lubbock, Tylor, Mac Lennan, Morgan, Bachofen, Giraud-Teulon, etc...

l'ingéniosité des conjectures, à d'autres causes encore qui n'avaient rien de commun avec l'amour de la science, fut éphémère autant qu'excessif relativement à la famille. Leurs deux grandes hypothèses sur ce sujet — promiscuité primitive et matriarcat — sont aujourd'hui plus ou moins complètement abandonnées l'une et l'autre. Ceux même qui comptent encore la promiscuité au nombre des phases générales de l'évolution humaine, ne la regardent généralement pas comme la première. L'opinion la plus communément reçue parmi eux place antérieurement un état initial[1] dans lequel la société n'existe pas, même sous forme de clan ou de tribu. Il n'y a que la famille, vivant isolée, formée par un homme et une femme unis pour la vie entière. Là existe l'amour paternel, ou tout au moins la notion de la paternité, et c'est quand la vie sociale se développe que le couple se dissout, que les individus s'amalgament confusément, que la notion de la paternité s'efface. La phase de promiscuité commence. La femme y tombe au rôle d'esclave ; mais bientôt l'homme, désireux de s'assurer pour lui seul l'avantage de cette servitude, est amené à monopoliser une ou plusieurs épouses. La phase de promiscuité prend fin ; c'est la renaissance de la famille[2].

La seconde hypothèse, celle du matriarcat, étroitement liée à la première, a partagé son sort. Lancée par Bachofen dans un ouvrage accueilli d'abord comme le victorieux résultat d'un grand effort de science et que l'on tend aujourd'hui de plus en plus

[1] On cite comme exemple les Weddahs sauvages de Ceylan. Il faut remarquer comment, pour rester fidèle au système, on en arrive dès lors à considérer la famille monogame comme un état inférieur à l'état de promiscuité.

[2] *Grande Encyclopédie*, t. XVI, p. 1161, col. 2 ; mot : *Famille* ; art. *Paternité*. Il y a là tout un tissu de contradictions. Si le passage de la famille à la promiscuité a été un progrès, comment le retour de la promiscuité à la famille en a-t-il été un autre ? Et puis, si ce retour s'effectue parceque l'homme aperçoit les avantages que la famille va lui procurer, comment le primitif qui, par hypothèse, jouissait de tous ces avantages, les a-t-il abandonnés pour passer à l'état de promiscuité ? L'hypothèse de la promiscuité est d'ailleurs rejetée au nom des principes évolutionnistes par DARWIN, *La descendance de l'homme*, trad. VOGT, Paris, Rheinwald, 1872, t. II, p. 380 ; — LETOURNEAU, *Mariage*, p. 47 et s ; et : *La sociologie d'après l'ethnographie*, Paris, Rheinwald, 1880, p. 379 ; — POSADA, p. 168 ; — WESTERMARCK, dans son ouvrage sur *Les Origines du mariage dans l'espèce humaine* ; — STARCKE, 249 et s., 253.

à considérer, malgré la vaste érudition dont il témoigne, comme un grand effort d'imagination[1], elle consiste essentiellement à admettre aux origines de l'humanité, l'existence d'une phase générale pendant laquelle, autour de la mère, seule à prendre soin des enfants et d'ailleurs seule connue dans la promiscuité primitive, se seraient formés des groupes familiaux bientôt organisés en sociétés sous l'autorité maternelle. Or, mêmé parmi les partisans de la première hypothèse, cette idée est abandonnée. Si l'on admet encore que la mère ait pu être à l'origine le centre de la famille, s'esquissant dans la tribu, on ne croit plus qu'elle y ait jamais exercé le pouvoir et qu'elle ait ainsi jamais été au sein des sociétés primitives, l'élément supérieur et l'agent du progrès[2].

La question des origines de la famille ne met plus guère actuellement en présence que deux opinions. Les premiers hommes, disent les uns, ne formèrent pas de famille, mais des tribus organisées en dehors de toute notion de parenté, sous l'autorité d'un chef mâle. L'union libre régnait à l'intérieur de ces tribus et c'est en elles que la famille paternelle ou maternelle a pris naissance. L'apparition du genre humain sur notre globe, disent les autres, et celle de la famille paternelle, c'est-à dire d'une société réunissant sous l'autorité du père une ou plusieurs femmes et les enfants qu'il en obtient, sont contemporaines : c'est la théorie patriarcale. La famille paternelle que cette théorie place aux origines de l'humanité, a pu ne pas donner toujours naissance à la tribu patriarcale. On conçoit très bien que des individus issus de familles de cette nature aient été amenés par les circonstances à former entre eux, sur d'autres bases, des groupes sociaux d'un caractère tout différent. Ce n'est rien, dès lors, d'établir l'existence de tels groupes sociaux dans l'antiquité ou de nos jours, il faudrait prouver qu'ils ne sont pas secondaires et on ne le fait pas. Ce n'est

[1] Starcke, *La famille primitive*, p. 239.

[2] Cf. Worms, Préface de l'ouvrage de Posada, p. 10 et s. ; — Le matriarcat général est rejeté par Starcke, p. 102, 119, 238 et s. ; — Posada, p. 148 ; et fortement combattu, par Fustel de Coulanges, Sumner Maine, et, plus récemment, Westermarck.

pas le faire, en effet, que de s'appuyer précisément sur l'état bestial dans lequel vivent les sauvages de l'Australie ou d'ailleurs, pour affirmer que l'on voit chez eux la condition de l'homme primitif. Si l'on s'en tient aux faits, il est presque certain que ces sauvages sont venus, par migrations successives et peut-être relativement récentes[1], de pays et de races qui connurent la civilisation dès la plus haute antiquité. Si l'on affirme que l'état le plus grossier dans lequel puisse vivre l'homme fut nécessairement son état primordial, on sort du domaine de l'induction et le système n'a plus pour base qu'une conception *à priori* sans caractère scientifique.

Ces divergences sur la question des origines de la famille et de l'Etat n'entraînent d'ailleurs pas forcément des divergences correspondantes lorsqu'il s'agit de déterminer leurs droits. Voici, en effet, comment raisonnent à ce sujet les adversaires de la théorie patriarcale : L'humanité n'a pas commencé par la famille ; donc la famille n'est pas essentielle à l'homme. Ses différentes formes comptent parmi les innombrables étapes du progrès social ; mais elle n'est ni naturelle, ni nécessaire. Elle est même de moins en moins utile à mesure que les collectivités qui la contiennent se font plus complexes et se perfectionnent : elle est vouée à disparaître[2]. Organisme transitoire dans l'Etat, elle ne saurait avoir de droits vis-à-vis de lui.

Voici, d'autre part, comment raisonnent certains partisans de la théorie patriarcale, désireux de fonder sur l'histoire la doctrine qui fait de l'Etat le principe supérieur du droit. L'humanité, disent-ils, a commencé par la famille; mais cette famille n'est une société que par son caractère politique. C'est

[1] Cf. Quatrefages, dans ses ouvrages sur *l'Espèce humaine* et *Les Migrations des Polynésiens*.

[2] Ces collectivités, ajoute-t-on, ne seront pas plus définitives qu'elle. La conception de patrie disparaîtra comme celle de famille, et l'évolution continuera ainsi à travers les vicissitudes de l'histoire jusqu'à l'avènement d'une collectivité qui embrassera l'humanité tout entière. Puis, de même que l'homme est le produit de l'évolution d'animaux inférieurs, de même, peut-être, une espèce nouvelle et de beaucoup supérieure, naîtra de cette humanité perfectionnée. Certes, l'idée d'évolution est juste et féconde, mais son application a des limites, et l'abus qu'on en fait conduit à des doctrines dissolvantes de tout sens moral et de tout bon sens (Cf. Mgr d'Hulst, 1re conf., *La famille*).

« un Etat en petit »; ses liens sont « des liens politiques »; elle est « basée sur le principe de l'Etat »[1]. Il n'y a donc qu'une société naturelle: c'est l'Etat. La famille, comme telle, n'est qu'une société secondaire; et les droits que l'Etat lui reconnait en se donnant des lois sont les seuls qu'elle puisse avoir. Les conclusions de l'une et l'autre théorie sont donc, en ce point, identiques. Mais s'il est abusif d'affirmer que la famille n'existait pas du tout à l'origine, c'est jouer sur les mots de dire qu'elle existait sans exister. La société paternelle primitive est une société paternelle: le fait de son isolement et de son indépendance, aucune autre société ne pouvant se former encore, n'autorise nullement à prétendre qu' « elle n'a de famille que le nom », et qu'elle « est en réalité, un grouqement politique, quoique confondu dans l'idée du sang commun »[2].

La famille reste donc, aux yeux de la science, le groupe primordial. Composée du pére, de la mère et des enfants, elle est antérieure à toute société quelconque. Elle s'est développée ensuite et transformée par la force même des choses; mais l'état des connaissances scientifiques ne saurait permettre encore aucune affirmation précise sur le passage de la famille primitive aux modes secondaires de groupement. Les premiéres phases de cette évolution durent varier avec les circonstances qui accompagnérent l'extension de la famille ou la dispersion de ses membres[3]; mais il est invraisemblable que les hommes, engagés dés lors en tant de chemins divers, aient, dans chacun d'eux, trouvé le progrés. Les uns s'élevérent plus ou moins

[1] IHÉRING, p. 179 à 181.

[2] POSADA, p. 114. Cet auteur semble admettre sur les rapports originels de l'État et de la famille une opinion moins exclusive que la théorie du patriarcat politique, mais assez voisine, puisqu'elle implique la confusion primitive des deux sociétés (p. 119). STARCKE rejette complètement le patriarcat et paraît conclure à l'existence primitive des deux sociétés indépendamment l'une de l'autre (*La famille primitive*, p. 52, 53, 265 et s.; — Cf. POSADA, p. 91 et s.).

[3] Ceux qui n'admettent pas que le genre humain dérive d'un couple unique, peuvent supposer que ces phases varièrent dès l'origine; ceux qui l'admettent, au contraire, sont conduits à supposer une phase assez longue, pendant laquelle la famille isolée et la tribu patriarcale furent les seules formes sociales connues, mais après laquelle il se forma probablement des sociétés étrangères à toute idée de parenté.

haut, plus ou moins vite, les autres tombèrent plus ou moins bas[1] et perdirent plus ou moins complètement le souvenir de l'institution familiale, jusqu'à ce que des circonstances nouvelles vinssent favoriser le relèvement de ceux-ci et faire glisser ceux-là vers la décadence. L'évolution de la famille n'a pas pu avoir lieu d'une manière uniforme dans l'ensemble de l'humanité, ni d'une manière systématique dans chacune de ses parties. Le jour où l'on en pourra retracer scientifiquement l'histoire — si tant est que jamais ce jour arrive — elle révèlera sans doute, comme tout ce qui évolue dans l'univers, l'unité d'une pensée directrice; mais elle apparaîtra certainement avec toute la variété, l'instabilité et la complexité qui caractérisent les manifestations de la vie et qui proclament avec tant de force l'ampleur de cette pensée et la puissance de cette direction.

Si nous jetons maintenant un regard sur les chemins multiples et divers, dont je parlais à l'instant, pour y reconnaître ceux des Indo-Européens, nos ancêtres, nous constatons que, de toute antiquité, leurs institutions sociales apparaissent comme dérivées de la famille[2] Le trait caractéristique de toutes ces races, dit Sumner-Maine, quant elles vivent en

[1] Starcke, Lubbock et Tylor dans leurs ouvrages sur *La famille primitive* et *Les origines de la civilisation*, se moquent beaucoup de ce qu'ils appellent la théorie de la décadence. Ils présentent cette théorie comme supposant chez les premiers hommes une haute civilisation, voire même la connaissance de la vapeur, du télégraphe et du téléphone ; puis un partage de l'humanité en deux groupes, l'un qui décline jusqu'à l'état sauvage actuel, l'autre qui se maintient ou progresse jusqu'à la civilisation actuelle. Il est évident qu'une théorie aussi ridicule n'a rien de commun avec la conjecture que j'adopte ici, et qu'elle est aussi contraire à la révélation biblique qu'à l'histoire. Aussi, sa fausseté ne prouve-t-elle rien en faveur des hypothèses de certains sociologues contemporains. Quant aux circonstances qui ont pu, pour chacun des divers groupes humains primitifs, favoriser le progrès ou hâter la décadence, il faut citer : l'intelligence, la moralité, les connaissances, l'énergie, la vigueur physique des individus ; les causes, le mode, les péripéties de leurs migrations ; le climat, la flore, la faune des lieux où ils ont été amenés à s'établir, etc., etc. (Cf. ci-dessous note 2).

[2] On n'a peut-être pas assez remarqué que les races continentales, comme les Aryens, sont, dans leur ensemble, des races patriarcales. Les races chez lesquelles se rencontrent la promiscuité et le matriarcat sont celles dont les migrations, plus aventureuses et plus difficiles, n'ont pu s'effectuer que sous l'empire de la violence ou d'accidents fortuits, par groupes originairement peu nombreux, sans caractère familial, et qui, privés sans doute de toute relation avec la race et le pays de leurs ancêtres, ont dû se trouver aux prises avec des difficultés et des

tribu, c'est que la tribu elle-même et ses subdivisions proviennent, dans la pensée de ceux qui en font partie, d'un seul ancêtre mâle[1]. Réel ou fictif, c'est le lien familial qui est leur premier lien politique. « Les premiers rois furent à peu près des *patresfamilias*, et les pères de famille ne cessèrent pas d'être à peu près des rois »[2]. Ce sont des races essentiellement patriarcales. Sans doute, cette extension de l'organisation domestique en organisation politique, dont j'aurai à signaler, dans la suite de cet ouvrage, une forme particulièrement remarquable[3] ne s'est pas opérée chez toutes les races de la même manière et avec le même résultat. Il existe entre leurs institutions familiales des différences nombreuses et notables ; mais, en toutes, au moins à leur époque originelle, nous trouvons réunis ces trois éléments essentiels : le culte domestique, l'autorité paternelle, la copropriété familiale.

La base de la famille chez les Aryens est ainsi tout à la fois triple et une. Ses trois éléments, en effet, ne sont que trois faces de la même idée, trois applications de la même conception primitive : « Les anciens, dit Fustel de Coulanges, n'avaient pas l'idée de la création; dès lors, le mystère de la génération était pour eux ce que le mystère de la création peut être pour nous. Le générateur leur paraissait un être divin, et ils adoraient leur ancêtre »[4]. Perpétuer cette

besoins que les autres races n'ont pas eus à subir dans leurs migrations. Le passage du patriarcat au matriarcat n'est d'ailleurs pas impossible, au contraire (Cf. Starcke, p. 102 et première partie, *passim*).

1 *Études sur l'histoire des institutions primitives*, p. 83.

2 P. Viollet, *Droit privé*, p. 499; — Cf. l'étude du même auteur sur *le Caractère collectif des premières propriétés immobilières*, p. 464 (dans : *Biblioth. de l'Ecole des Chartres*, t. XXXIII, a° 1872, p. 455 et s.).

3 Ci-après, chap. V des 2e et 3e parties.

4 *La cité antique*, p. 35. Je dirais de préférence : « n'avaient *plus* l'idée de la création ». L'homme est naturellement religieux et incliné à prendre pour objet de son culte l'être auquel il doit l'existence. Il n'y a rien là que de raisonnable. Il faut donc rejeter la croyance à la création ou admettre que le premier homme adora son créateur. Plus tard, la tradition se perdit. L'esprit humain, s'élevant difficilement au-dessus des choses sensibles, s'arrêta en route dans la recherche des sources de la vie. C'est alors que prit naissance, probablement dans sa forme la plus noble et la plus pure, qui est le culte des ancêtres, ce culte de la génération qui fait le fond de tous les paganismes. Il était réservé au Christianisme de montrer au genre humain le vrai Père qu'il faut adorer.

adoration, tel devenait dès lors la principale raison d'être de la famille; et le père n'était pas seulement le représentant de ce dieu, son successeur, son prêtre; il était le dieu de demain. De là, le caractère omnipotent de son autorité : c'est une autorité divine. De là, son caractère dur, bien que la tendresse et la bonté de celui qui l'exerce puissent, en pratique, la rendre douce : c'est une autorité qui n'est pas pour l'enfant mais pour la famille, et la famille n'est pas pour l'enfant, mais l'enfant pour la famille et la famille pour les ancêtres. Aussi le nom que l'on donne au père n'est-il pas celui qui exprime sa paternité, mais celui qui exalte sa puissance : on ne l'appelle pas *genitor*, mais *pater*[1].

Le foyer est l'autel de la divinité familiale. La famille se groupe autour de lui et prend possession du sol environnant[2] afin d'y pouvoir exercer son culte. Cette propriété est indivise, comme le culte est indivis entre tous ceux qui sont aptes à en assurer la continuation en perpétuant la race des ancêtres. C'est pourquoi les filles, qui ne peuvent remplir cette condition, et les fils, lorsqu'ils ont cessé de le pouvoir en sortant de la famille, sont également exclus et du culte et de la propriété. Le père a le gouvernement des biens comme des personnes. A sa mort, ce gouvernement se transmet au fils aîné comme l'autorité et le culte. Le fils aîné, en effet, est le continuateur ordinaire du père, le chef naturel, après lui, de la famille groupée sur le domaine dans une communauté de vie et d'habitation, qui est la source et le mode de jouissance de la propriété[3]. Les biens mobiliers acquis et augmentés par les efforts de tous, sont à tous. Chacun à l'origine, semble pouvoir, en certains cas, s'il sort de la famille, par exemple, en exiger sa part, du vivant même du père, et en disposer librement[4].

[1] Il en est de même dans la plupart des langues aryennes. Fustel de Coulanges démontre que l'idée contenue dans le mot *Pater*, et, dans ceux dont il dérive, est celle de puissance (*La cité antique*, p. 97, 98).

[2] Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 64, 65.

[3] Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 78, 90; — Cf. Viollet, *Droit privé*, p. 819, 820.

[4] Cf. Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 246, 247. On trouve encore des traces de ce droit dans les lois germaniques (Cf. ci-après, 1re part., ch. III, et 2e part., ch. II).

Ainsi constituée, la famille ne comprend d'abord que le père, la mère, leurs descendants mâles, celles de leurs descendantes qui ne sont pas entrées par le mariage dans une autre famille, et enfin les esclaves. Plus tard, elle s'attache des membres étrangers par des liens artificiels, tels que ceux de l'adoption et de la clientèle. Elle se développe, s'étend, donne naissance à d'autres familles indépendantes de son chef, mais unies à elle par l'agnation et formant avec elle sur cette base, des communautés, des *gentes*, des clans, qui ont leur gouvernement propre. Ces communautés se multiplient, s'unissent, et donnent naissance à la tribu[1]. Puis la famille cesse de se confondre avec la société politique. Elle en reçoit bientôt des lois. Elle n'occupe plus enfin qu'une petite place dans son ensemble. Ses destins se font de plus en plus modestes à mesure que grandissent ceux de l'Etat qui la contient. Mais si ce n'est plus ainsi grand chose, en apparence, qu'une famille autour de son chef, la famille n'en reste pas moins le plus important des organismes sociaux, et l'autorité paternelle ne cesse pas d'être la clef de voûte de la famille. L'Etat vit du même esprit que la société domestique et quand elle se désagrège, l'Etat ne tarde pas à se désagréger aussi.

III

Origines de l'autorité paternelle en France. Divisions de son histoire.

Tels sont les traits généraux de l'organisation et de l'évolution familiales chez les races aryennes dans l'antiquité. Cette esquisse, bien courte et bien incomplète pour un aussi vaste sujet, suffira néanmoins, je l'espère, à marquer la place, dans l'histoire générale de la famille, des faits que nous allons considérer maintenant. Elle suffira aussi, peut-être, à mettre en lumière l'intérêt tout spécial qu'ils présentent.

L'évolution de la famille en France offre, en effet, cette par-

[1] Cf. SUMNER MAINE, *Etudes d'histoire du droit*, p. 435 à 506.

ticularité remarquable, de s'opérer au sein d'une race aryenne qui n'a pas développé ses institutions propres, et qui a pris successivement à deux autres races de même souche, l'une parvenue à l'excès de sa civilisation et l'autre tout à fait barbare, les éléments d'institutions domestiques élaborées ensuite en elle sous l'influence de conceptions contraires à celles de l'antiquité. Elle se présente donc comme une suite des évolutions anciennes, orientées dans un sens nouveau, et en même temps comme une évolution complète, ayant un point de départ voisin du leur, mais s'opérant dans un milieu dissemblable et sous de tout autres influences. C'est dire toute l'importance historique et sociale qu'offre son étude.

Je consacrerai la première partie de mon travail à la période des origines, et j'y étudierai, au point de vue de l'autorité paternelle, les éléments et les conceptions dont je viens de parler. La seconde aura pour objet la formation de nos institutions familiales pendant la période franque. Cette période, qui commence au règne de Clovis, s'étend jusqu'au moment où, de toutes parts, les débris de l'empire de Charlemagne achèvent de se séparer l'un de l'autre pour former des nations distinctes. Un âge de préparation se termine et ce qui s'est préparé en lui entre, au début du XI[e] siècle, dans l'âge du développement.

L'étude de ce développement fera l'objet d'une troisième et dernière partie. Nous arriverons ainsi à la fin du XVIII[e] siècle. L'époque de la Révolution, qui commence alors, reste, pour le moment, en dehors de mes recherches. Elle se rattache, cependant, d'une manière si étroite à la période précédente, qu'il ne sera pas inutile d'indiquer, dans un épilogue, le sort de l'autorité paternelle pendant la crise révolutionnaire et de nos jours.

Dans tout le cours de cette étude, je grouperai, du reste, uniformément, les lois qui consacrent, règlent, favorisent ou entravent, directement ou indirectement, le pouvoir du père sous les quatre chefs suivants : autorité sur les personnes ; pouvoir sur les biens ; durée de la puissance paternelle ; adoption et bâtardise. Mais, je ne saurais l'oublier « le droit

d'une nation, pris isolément et sans égard aux mœurs qui le complètent, ne nous donnerait qu'une idée très imparfaite de la famille chez cette nation »[1]. Je chercherai donc à connaître, pour chaque époque, la législation de l'Etat, ses conséquences, et tout ensemble les conceptions et les usages des membres de la famille en ce qui concerne l'autorité de son chef. J'essaierai de retracer non seulement la marche du droit, mais celle des idées et de la vie. C'est là d'ailleurs un but auquel la nature même de mon travail m'oblige à tendre ; car « l'histoire n'étudie pas seulement des faits : son véritable objet d'étude est l'âme humaine »[2].

[1] SAVIGNY, *Droit romain*, t. I, p. 344.
[2] FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, p. 103.

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES

(Avant le VI[e] siècle)

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS. — L'AUTORITÉ PATERNELLE CHEZ LES CELTES

Formé d'éléments divers broyés et mêlés ensemble pendant dix siècles par les guerres, les invasions, les bouleversements de toutes sortes combinés avec l'action civilisatrice de Rome, l'action rénovatrice des Barbares et l'action à la fois civilisatrice et rénovatrice de l'Église[1], le peuple français a trois voies différentes pour remonter, à la recherche de ses origines, jusqu'aux plus lointaines antiquités. Les trois grands courants ethniques qui, dérivés d'une seule source sont descendus vers l'Europe des plateaux de l'Asie centrale, viennent se confondre en lui à trois phases de leur développement. C'est, au sud, le courant greco-latin, avec l'héritage d'une civilisation parvenue, et au-delà, à sa pleine maturité. Au nord, c'est le courant germanique, avec la vigueur physique, l'humeur aventureuse, les traditions plus naturelles, et l'essor puissant des races encore neuves. Au centre, recevant ce qu'ils apportent, et tenant aussi le milieu au point de vue de la civilisation, c'est le courant celtique, qui donne pour le nouveau peuple, une race au cœur vaillant et généreux, à l'esprit ouvert, une race merveilleusement apte au progrès, et à laquelle il semble ne plus manquer, pour accomplir les plus hautes destinées, que l'appoint, relativement petit, fourni par les deux autres races et l'action successive de leurs influences opposées.

Chose étrange, en effet, les Celtes, qui formaient encore

[1] C'est à dessein que je ne dis pas « du christianisme ». Les sectes chrétiennes séparées, n'ont pas exercé cette double action dans les premiers siècles ; et ce fut la fortune de Clovis d'échapper à l'arianisme qui le sollicitait. Les siècles suivants, jusqu'au nôtre, malgré des apparences quelquefois contraires, pourraient donner lieu à la même remarque.

au lendemain des invasions, le fond de la population de la France, n'ont laissé que peu de traces dans notre langue, moins encore dans nos institutions, pas du tout dans l'ensemble de notre civilisation. Leur caractère national, qualités et défauts, est encore en grande partie le nôtre, et nous nous reconnaissons aux traits que leur attribuent les écrivains de l'antiquité[1]; mais c'est à peu près tout ce qu'ils nous ont laissé. Entraînés par leur ardeur de progrès et par leur goût pour les choses de l'esprit, ils n'offrirent pas à la conquête morale, la résistance opiniâtre qu'ils avaient opposée à la conquête armée. « *Summæ genus solertiæ, atque ad omnia imitanda et efficienda quæ ab quoque tradantur aptissimum*[2] », écrit César. Cette souplesse de main et d'intelligence, cette facilité d'assimilation est tout le secret de la disparition des institutions celtiques. La Gaule se romanisa toute seule dans le Sud après la conquête romaine, comme elle se germanisa toute seule dans le Nord après la conquête franque. Aujourd'hui encore, nous sommes prompts à imiter les autres peuples, et nous nous mettons volontiers, le lendemain de nos défaites, à l'école de nos vainqueurs; à cette époque, les institutions romaines et germaniques se trouvèrent si nécessaires à la Gaule par suite de sa réunion à l'empire, de sa soumission aux princes francs et de ses besoins sociaux, qu'elles éliminèrent rapidement et complètement les coutumes celtiques[3].

La parenté des trois races, et la similitude de leurs coutumes familiales, diversifiées plutôt par l'inégalité du développement social que par des différences essentielles, facilitèrent singulièrement cette disparition de l'élément moyen en présence des deux éléments extrêmes. Il sera donc important,

[1] Cf. DE VALROGER, p. 186 et s.

[2] « Cette race est douée d'une adresse extrême et d'une aptitude merveilleuse à s'assimiler ce qu'elle apprend des autres » (*De bello gall.*, VII, 22).

[3] L'opinion contraire, professée de nos jours, notamment en ce qui concerne la famille par LAFERRIÈRE (t. II, p. 64 et s.) et après lui par BERNARD (p. 41-45), et rejetée par PARDESSUS, *Mémoire sur l'origine du droit coutumier*, Paris, 1834; — KLIMRATH, *Essai sur l'étude historique du droit*, p. 7; — GIRAUD, I, p. 56; — KOENIGSWARTER (p. 21), est aujourd'hui complètement abandonnée; — Cf. DE VALROGER, *Les Celtes et la Gaule celtique*; — VIOLLET, *Droit privé*, p. 7; — ESMEIN, *Histoire du droit*, préf. de la 1re édit.; — GLASSON, *France*, t. I, p. 52, 59, 77.

connaissant cette parenté, de pouvoir constater aussi cette similitude lorsque, dans les chapitres qui vont suivre, nous aborderons l'histoire de ces deux derniers éléments. C'est pourquoi j'exposerai d'abord ce que nous pouvons savoir des idées, des mœurs et du droit des Celtes, relativement à l'autorité paternelle. Aussi bien sera-ce le meilleur moyen de connaître le milieu dans lequel la famille romaine et la famille germanique se sont développées et modifiées pour donner naissance à la famille française : or, il est manifeste que la nature propre de ce milieu n'a pas pu être sans influence sur le sens et les résultats de cette évolution de deux éléments étrangers dans son sein. Sa connaissance nous est donc indispensable.

Nous sommes malheureusement réduits à un fort petit nombre de données précises sur la puissance paternelle des Gaulois avant la conquête romaine. César et les autres écrivains de l'antiquité ne nous apprennent que peu de chose, et leur témoignage n'inspire pas une confiance entière[1]. Les lois des Celtes de Grande-Bretagne et d'Irlande, sources précieuses en ce qui concerne la race en général, ne permettent que des conjectures sur l'état familial, à l'époque dont nous nous occupons, des clans fixés dans les limites actuelles de la France. Si l'on en croit César, en effet[2], ces insulaires vivaient alors à l'état sauvage; et nous savons d'autre part, que, bien loin d'avoir reçu dans la suite des immigrations qui auraient pu porter chez eux les institutions du continent, ils émigrèrent eux-mêmes vers l'Armorique en assez grand nombre pour y faire dominer leur langue[3]. Les coutumes celtiques traditionnelles se développent donc chez eux sous des influences et dans des conditions toutes différentes de celles qui avaient présidé, bien des siècles auparavant, à leur développement chez les Celtes de la Gaule. Ce serait se faire illusion de considérer leur droit comme le type, primitif ou dérivé, du droit des Gaulois[4].

[1] Sur la valeur du témoignage de César : Cf. DE VALROGER, p. 173 et VIOLLET, *Droit public*, p. 7, texte et note 1.

[2] *De bello gallico*, V, 14.

[3] DE VALROGER, p. 281 et s.

[4] CÉSAR (VI, 13, *in fine*), il est vrai, paraît attribuer à ce droit une origine

Sur le caractère général de l'organisation familiale gauloise, il ne saurait, toutefois, y avoir d'incertitude. Nous sommes en présence de la famille patriarcale, que l'on retrouve, avec ses traits essentiels, chez tous les Aryens. Les témoignages ne laissent à ce sujet aucun doute, et les inductions que l'on peut tirer de l'origine des Gaulois, de leur religion, si visiblement asiatique, et des institutions des autres Celtes, affirment leur véracité.

Le père est le chef d'une association nombreuse, qui comprend sa femme, ses enfants, ses esclaves, souvent aussi des serfs volontaires[1]. Il est armé du droit de vie et de mort[2]. Ce n'est pas, d'ailleurs, une tyrannie qu'il exerce de la sorte : c'est une magistrature domestique, dans laquelle le remplace, s'il vient à être assassiné, une assemblée de ses proches — les notables de la famille — chargée de rechercher en elle le coupable, et, s'il s'y trouve, de le punir[3]. Peut-être même ces proches sont-ils appelés à l'assister de leurs avis et à fortifier son autorité de leur influence lorsqu'il s'agit d'une décision importante, par exemple de faire sortir un des enfants de sa condition originelle et de la famille pour le faire entrer dans la caste druidique[4].

bretonne et dire que, de son temps même, ceux qui voulaient l'approfondir, s'en allaient le plus souvent en Bretagne pour l'étudier. Mais ce fait serait en contradiction avec la description qu'il donne ailleurs (V, 14) visiblement d'après ce qu'il a constaté lui-même de la Bretagne et de ses habitants : il semble donc bien qu'il ne le cite que d'après ouï dire ou sur la foi d'un autre écrivain. D'autre part, les Celtes, venus d'Orient, peuplèrent la Gaule avant de passer dans les îles et d'y porter leurs institutions. Enfin, il se peut que le mot *disciplina* employé par César, ne concerne pas le droit.

[1] *De bello gallico*, VI, 13 ; — Cf. VIOLLET, *Droit public*, t. I, p. 12, 13.

[2] *De bello gallico*, VI, 19. On a cherché à éluder l'affirmation de César, et à contester le caractère absolu de la puissance paternelle gauloise (Cf. BERNARD, p. 21, 22 ; — PASCAUD, p. 6, 7). On la suppose adoucie par l'influence des druides : c'est une hypothèse sans vraisemblance. On argumente encore de la condition générale de la femme en Gaule et de ce fait, d'ailleurs douteux (Cf. ci-après, p. 33 et s.), qu'elle était seule chargée de l'éducation ; mais, la *materfamilias* romaine aussi, était entourée de vénération et jouait au foyer domestique un rôle considérable ; personne, cependant, ne songe à contester pour cela le caractère absolu de la puissance paternelle à Rome.

[3] *De bello gallico*, VI, 19.

[4] *De bello gallico*, VI, 14. César dit que les collèges druidiques recevaient beaucoup d'enfants envoyés par leurs parents et leurs proches, que séduisaient les

Les textes de César qui nous donnent ces renseignements paraissent se rapporter à la seule aristocratie. Ce qu'il nous dit de la plèbe nous la montre tombée sous le poids des dettes, des impôts, des vexations, dans un état misérable qui l'avait contrainte à entrer presque tout entière dans la clientèle [1]. Elle vivait ainsi dans une condition voisine du servage [2], et, par suite, le pouvoir paternel, tout en restant fondé sur les mêmes principes, devait subir, parmi les plébéiens, de considérables amoindrissements.

La mère ne prenait évidemment place qu'au dessous du père dans la hiérarchie familiale, d'autant que les Gaulois riches pratiquaient probablement la polygamie [3] et que cette coutume engendre partout l'abaissement de la femme. C'est une erreur de prétendre que l'élément féminin occupait en Gaule plus qu'en tout autre pays une situation prépondérante, et jouissait même d'une notable influence dans les affaires publiques. La légende de la fondation de Marseille, le texte de Plutarque, que l'on a invoqués à l'appui de cette opinion, celui de Polyœnus que l'on aurait pu citer en outre, les considérations sentimentales que l'on fait valoir sans trop se demander si l'on ne vieillit pas ainsi de quelques siècles nos rudes aïeux [4], tout cela ne saurait prévaloir contre le témoignage formel de César [5]. Si peu de confiance qu'on lui

privilèges de la caste sacerdotale : « *a parentibus propinquisque mittuntur* ». Rapproché du texte cité à la note précédente, celui-ci autorise ma supposition ; mais ce n'est qu'une supposition.

[1] *De bello gallico*, VI, 13, 14 ; — DE VALROGER (p. 113) incline à voir dans la plèbe gauloise la descendance des populations subjuguées par les Celtes. Les descendants de ceux-ci auraient formé l'aristocratie, les *equites* de César. La base de cette hypothèse semble fragile.

[2] « *Plebs pene servorum habetur loco* » (CÉSAR, VI, 13).

[3] CÉSAR, VII, 19 ; — Cf. DE VALROGER, p. 174.

[4] BERNARD, p. 22, 23 ; — LAFERRIÈRE, t. II, 75 ; — Selon PLUTARQUE (AMYOT, t. I, p. 761), les Gaulois auraient désigné les femmes comme arbitres en cas de difficulté, quand ils traitèrent avec Annibal : - POLYŒNUS (ap. BOUQUET, I, 699 A) rapporte le même fait. Il ajoute que les femmes gauloises arrêtèrent une guerre civile en se jetant entre les partis ennemis, et que les Gaulois ne décidaient jamais rien d'important pour les affaires publiques sans prendre l'avis de leurs femmes.

[5] Est-il besoin de dire que l'admission des Gauloises dans la caste druidique, et le grand rôle que plusieurs d'entre elles jouent dans la légende ou dans l'histoire

accorde, il est difficile de ne pas lui en accorder davantage qu'à Plutarque et à Polyœnus, sur un point où tout ce que nous savons de la race celtique en général, et des Gaulois en particulier, corrobore son témoignage.

On se réclame également, il est vrai, d'un autre passage des commentaires qui démontre tout spécialement — on le croit du moins — le rôle considérable dévolu à la mère au sein de la famille gauloise. Ce texte constate, dit-on, « l'usage de laisser les enfants sous sa direction exclusive jusqu'à ce qu'ils soient en état de porter les armes »[1]. Or, voici ce que dit César : « Pour le reste de leurs coutumes, les Gaulois diffèrent encore des autres peuples en ce que leurs enfants, à moins d'être assez âgés pour pouvoir s'acquitter du service militaire, ne sont pas admis à les aborder devant tout le monde ; et ils considèrent comme honteux que le fils encore enfant paraisse en public auprès de son père »[2].

Que résulte-t-il de ces paroles ? Que l'enfant n'a pas de place dans la société en dehors du foyer domestique et que, chez ces peuples profondément divisés, sans cesse en guerre, et habitués à placer toute la valeur et toute la gloire de l'homme dans ses aptitudes au combat, le fils ne peut accompagner son père parmi les guerriers, ni son père l'y conduire sans honte, tant qu'il est incapable de porter les armes : rien de plus. Est-il démontré par là que le père se désintéressât de l'éducation de son fils et laissât à la mère toute seule le soin de cultiver en lui les qualités physiques et morales nécessaires au combattant barbare ? Pas le moins du monde. César parle de ce qui se passait en public, — *palam*, *in publico* ; — rien ne permet de supposer qu'il en fût de même en toute autre circonstance. Ce serait exagérer la portée du fait qu'il constate que d'y voir

ne prouvent rien en la question qui nous occupe ? N'en est-il pas de même pour les femmes de Rome ? Or, nul ne songe à leur attribuer la situation que l'on attribue aux Gauloises.

[1] BERNARD, p. 23 ; — Cf. LAFERRIÈRE, p. 74.

[2] *De bello gallico*, VI, 18 : « *In reliquis vitæ institutis, hoc fere ab reliquis differunt quod suos liberos, nisi cum adoleverint ut munus militiæ sustinere possint, palam ad se adire non patiantur ; filiumque puerili ætate, in publico, in conspectu patris assistere turpe ducunt* ».

l'indice d'un certain éloignement des Gaulois pour la vie intérieure de la famille[1], ou même d'un extrême respect imposé par les usages aux enfants envers leur père[2]. Le respect existait sans doute ; mais ce trait de mœurs lui est étranger. Tout ce qu'il prouve, c'est l'esprit belliqueux des Gaulois et leur dédain pour la faiblesse. De là résulte cette coutume de n'admettre dans leurs réunions que des hommes en état de porter les armes et ce point d'honneur de n'y pas assister en autre compagnie. Je ne prétends pas, du reste, que la mère fût exclue en fait, de toute participation à l'autorité paternelle, et je crois volontiers que, en dehors des cas de polygamie, sa situation ressemblait à celle que les mœurs romaines assuraient à la *materfamilias* ; mais son rôle était assurément subalterne par rapport au père[3] et celui-ci devait avoir, notamment, dans l'éducation toute militaire de son fils, la principale part.

On a voulu asseoir sur le texte dont je viens de préciser la signification, une autre conjecture beaucoup plus importante, à laquelle il semble pourtant fournir encore un bien moindre appui : je veux parler de l'existence d'une majorité émancipatrice. Les arguments que l'on tire en ce sens[4], d'une prétendue différence fondamentale, au point de vue de l'autorité paternelle, entre les Romains et les Celtes, et d'une prétendue ressemblance essentielle, au même point de vue, entre les Celtes et les Germains, n'ont que peu de valeur, comme on le verra bientôt[5]. Il faut, d'autre part, forcer singulièrement le sens des paroles de César pour y trouver la moindre trace d'une « prise d'armes », donnant au jeune guerrier une condition nouvelle dans la famille et s'effectuant comme « un acte solennel » qui fût pour lui le « signe de sa liberté »[6]. Le fait fût-il constaté, on n'en saurait absolument rien inférer en

[1] GIRAUD, t. 1, p. 36.
[2] KOENIGSWARTER, p. 33.
[3] César la place sur la même ligne que les enfants : « *Viri in uxores sicut in liberos, vitæ necisque habent potestatem* » (*De bello gallico*, VI, 19).
[4] BERNARD, p. 24, 25 ; — Cf. HUMBERT, *Du régime nuptial des Gaulois*, dans : *Revue historique de droit français et étranger*, année 1858, p. 525.
[5] Cf. ci-après, ch. III.
[6] BERNARD, p. 24 ; -- KOENIGSWARTER, p. 44, paraît donner le même sens au texte en question.

la question qui nous occupe. N'y avait-il pas, à Rome, des cérémonies solennelles lorsque l'enfant revêtait la robe prétexte comme marque de sa puberté ? Il ne cessait cependant pas d'être soumis à la *patria potestas*, et, plus tard, il pouvait, sans en être affranchi pour cela, briguer et exercer les plus hautes magistratures. Les Gaulois pouvaient donc fort bien consacrer par quelque rite militaire le moment où leurs fils arrivaient à l'âge de combattre et de prendre place publiquement parmi les hommes, sans les regarder ensuite comme émancipés.

On allègue, il est vrai, pour justifier l'interprétation donnée au texte de César, que, d'après les lois galloises, « le fils sortait de la puissance paternelle à l'âge de 14 ans, rendait hommage au chef dont il relevait, et, dès ce moment, était majeur et émancipé »[1]. Mais César ne parle ni d'hommage, ni d'émancipation, ni même de majorité, ni de l'âge de quatorze ans; il dit seulement que la coutume interdit au fils de venir trouver son père en public, et au père d'y paraître accompagné de son fils, tant que celui-ci n'est pas en âge de porter les armes. Les lois galloises, en outre, sont, au plus tôt, du dixième siècle, et les autres monuments de l'ancien droit celtique mèneraient à des conclusions toutes différentes sur la durée de la puissance paternelle. Dans le droit irlandais du *Senchus Mor*, selon M. d'Arbois de Jubainville[2], le fils est incapable tant que vit son père; il ne peut contracter qu'avec son autorisation; il acquiert pour lui; il n'a que lui pour juge; il peut être donné par lui en servage[3] à un chef. Il ne sort de cette dépendance — encore est-ce d'une manière très

[1] BERNARD, p. 24; — KOENIGSWARTER, p. 43, 44.

[2] *La puissance paternelle sur le fils en droit irlandais*, dans : *Revue Celtique*, 1886, t. VII, p. 91 et *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. IX, p. 466.

[3] Le servage est distinct de l'esclavage. Je ne crois pas d'ailleurs que l'on puisse expliquer le texte de CÉSAR (VI, 18, cité ci-dessus, p. 35, note 2), comme paraît y songer M. d'Arbois de Jubainville, par l'usage de placer les enfants chez un maître pour leur éducation. La véritable clé de ce texte se trouve dans les mots : *palam, in publico*, sur lesquels César insiste visiblement comme exprimant l'originalité du trait de mœurs gauloises qu'il rapporte (Cf. LABOULAYE, *Nouv. rev. hist. de droit français et étranger*, t. VIII, p. 60).

incomplète — que si son père devient incapable de se suffire et reste entièrement à sa charge[1].

S'il y a, du reste, un texte qui puisse fixer l'interprétation du fait relevé par César, c'est celui dans lequel Gaïus écrit que les Galates, comme les Romains, connaissent la *patria potestas*. C'est un jurisconsulte qui parle ; il traite spécialement de la puissance paternelle ; il constate que, à son époque, le droit de Rome se présente, en ce point, comme exceptionnel : « Il n'y a guère d'autres hommes que nous, dit-il, à avoir sur leurs enfants une telle puissance ». Puis, jetant autour de lui un regard pour vérifier cette assertion, il aperçoit, peut-être dans le voisinage des lieux qu'il habite, un petit peuple auquel elle n'est pas applicable. Aussitôt, il le signale : « Je n'oublie d'ailleurs pas, ajoute t-il, que les Galates considèrent les enfants comme en puissance de leurs parents »[2]. Or, qui sont ces Galates ? Des Celtes, peut-être même des Gaulois de Gaule. Ils n'avaient certainement pas emprunté aux populations grecques, voisines de leur nouveau domaine, une *patria potestas* qu'elles n'admettaient pas. Ils ne la tenaient pas davantage de Rome, puisque Gaïus nous la présente comme une de leurs coutumes nationales. Ils l'avaient donc apportée de leur pays, et elle demeurait chez eux, ainsi que leur langue, au milieu de transformations profondes, comme une marque de leur origine[3]. Si l'on veut bien se rappeler maintenant que la perpétuité était peut-être, au temps de Gaïus, le principal caractère distinctif de la puissance paternelle romaine[4], on conviendra que, bien loin de pouvoir affirmer l'existence d'une majorité émancipatrice en Gaule, nous avons tout lieu de croire que la puissance du père de famille y durait, en règle générale, toute sa vie.

[1] D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, *op. cit.*, *Revue Celtique*, p. 92.

[2] GAÏUS, I, 55 : « *Fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus : nec me prœterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse* ».

[3] Cf. DE VALROGER, p. 49, 52 et 168 ; — CHAMBELLAN cité par BERNARD, p. 23. Chez les Celtes d'Irlande, « la puissance paternelle, écrit M. d'Arbois de Jubainville, paraît ressembler à celle qui existait chez les Galates suivant Gaïus » (*Revue Celtique*, t. VII, p. 95).

[4] Elle avait déjà sur les autres points reçu des atténuations considérables (Cf. ci-après, ch. II, II, p. 49 et s.).

Je ne mentionne que pour mémoire l'opinion de Laferrière sur l'émancipation par mariage. Les textes qu'il cite pour démontrer son existence en droit celtique n'ont rien de commun avec ce droit. L'argument qu'il tire des expressions de César serait sans force même s'il s'agissait d'un texte juridique spécial : à plus forte raison n'en a-t-il aucune quand il s'agit d'une énonciation générale empruntée à un historien militaire[1]. On a voulu appuyer aussi cette opinion sur ce que César ne parle pas de l'aïeul[2]. Mais les Romains appelaient-ils « aïeul » le chef de la famille? Ne lui donnaient-ils pas le nom de père, fût-il même bisaïeul? Tous ses descendants, vieux et jeunes, mariés ou non, fils ou petit-fils, n'étaient-ils pas, indistinctement, des *liberi*, des *filiifamilias ?* Dès lors, pourquoi César aurait-il spécialement désigné l'aïeul comme dépositaire de l'autorité domestique? Bien plus, il serait étonnant qu'il l'eût fait; car il ne signale guère que les coutumes particulières des Gaulois, celles qui les distinguent des autres peuples, et c'est justement une coutume de cette sorte qu'il veut faire connaître dans le seul passage où il emploie le mot *pater*. « *Hoc fere ab reliquis differunt* », dit-il. Il n'avait donc nul motif d'appeler, à cet endroit, l'attention sur une ressemblance entre le droit Gaulois et celui de Rome. Son silence ne prouve nullement qu'elle n'existât pas.

La pénurie de documents sur l'autorité paternelle en Gaule est encore plus grande pour les droits du père sur les biens que pour ses droits sur les personnes. César nous apprend que les Druides étaient compétents en matière successorale : et c'est tout[3]. Il serait donc tout à fait oiseux de chercher à retracer en détail la condition des enfants au point de vue de la propriété. Tout ce que nous pouvons espérer, c'est de déterminer le caractère général du régime des biens dans la

[1] LAFERRIÈRE, t. II, p. 72, 74. César, dit-il, attribue le droit de vie et de mort au mari sur sa femme et ses enfants; or, on ne peut avoir la puissance quand on est soi-même en puissance; donc, le mari n'est pas en puissance de son père : donc, son mariage l'a émancipé. L'interprétation des textes et les systèmes sont décidément les feux follets de l'historien.

[2] HUMBERT, p. 525, 526.

[3] *De bello gallico*, VI, 13 : « *Si de hereditate... controversia est, iidem decernunt* ».

famille et de tirer de là quelques conjectures plausibles sur deux ou trois points essentiels au sujet qui nous occupe.

Je ne crois pas que l'on puisse s'appuyer pour cela sur le passage — assez obscur si l'on en juge par les controverses — dans lequel César [1] indique les conventions matrimoniales communément usitées chez les Gaulois. Nous y voyons bien que la mère, devenue veuve, aura des droits sur une partie plus ou moins considérable du bétail appartenant au père prédécédé [2] ; mais nous n'y saurions, en ce qui nous intéresse, rien trouver de plus. Ce que nous savons des institutions celtiques en général [3] et de la constitution réelle qui correspond, historiquement, à la constitution personnelle de la famille gauloise, nous autorise à penser que la copropriété familiale était pratiquée par nos ancêtres [4]. Le père devait donc avoir en mains tous les biens de la famille, non comme propriétaire unique, mais comme représentant de celle-ci, et, par conséquent, sans pouvoir en disposer, au moins dans certaines limites, en faveur des étrangers. Il serait téméraire de pousser plus loin la conjecture et d'essayer de deviner si le fils pouvait avoir un pécule; s'il y avait partage égal à la mort du père; si le droit d'aînesse, ou celui de maineté, était admis; si les filles étaient exclues de la succession.

Le testament était-il inconnu ? C'est possible, peut-être vraisemblable ; ce n'est pas certain [5]. L'exhérédation, d'ailleurs, pouvait n'être pas ignorée bien que le testament le fût :

[1] *De bello gallico*, VI, 19 : *Viri quantam pecuniam*, etc.

[2] Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 5 et 6, texte et note 1. Je ne crois pas devoir m'arrêter non plus au texte, si souvent cité, de Symmaque : *Gignuntur heredes, non scribuntur.* (Sur ce texte, voir : DE VALROGER, p. 177 ; — Albert, p. 387).

[3] Cf. KOENIGSWARTER, p. 44.

[4] Cf. DE VALROGER, p. 178 ; — GLASSON, *France*, t. I, p. 118, 119 ; — VIOLLET, *Droit public*, p. 38 ; — ALBERT, p. 386.

[5] Cf. ALBERT, p. 38 et s. L'antinomie signalée par cet auteur, dans le droit gaulois, entre le caractère absolu de la puissance paternelle et le régime collectif de la propriété n'est pas réelle. Toute l'histoire dément, en effet, que « le droit de vie et de mort entraîne liberté absolue de disposer » ; et, quand cela serait, l'antinomie n'existerait pas davantage, car ce n'est pas la propriété familiale qui est soumise chez les Gaulois à un partage périodique exclusif de tout droit de disposition, c'est la propriété du clan (Cf. VIOLLET, *Droit public*, I, p. 37, n. 5 et p. 38, texte et n. 2).

car, nous le verrons bientôt, il en était probablement ainsi chez les Germains.

Quelque incomplet que doive rester, pour ne pas devenir trompeur, le tableau de l'autorité paternelle en Gaule dont je viens d'essayer l'esquisse, il la fait néanmoins assez connaître pour rendre compte de sa destinée. Si l'on ajoute que l'inégalité de condition et de culture entre l'aristocratie et la plèbe, et l'inégalité d'éloignement par rapport à Rome et à la Germanie, entre le sud et le nord de notre pays, partageaient moralement et géographiquement la population gauloise en deux catégories : l'une déjà civilisée et toute prête à subir l'influence latine ; l'autre plus barbare, plus rebelle à cette influence et que la domination impériale prépara, par réaction, pour l'influence germanique, on s'expliquera aisément qu'il n'y ait pas eu de place entre la *patria potestas* romaine et le *mundium* germanique pour un troisième mode d'autorité paternelle, bien moins différent d'ailleurs, de l'un et de l'autre qu'on ne se l'est figuré souvent.

CHAPITRE II

LA « PATRIA POTESTAS » ROMAINE ET SON IMPORTATION DANS LES GAULES

I

Caractère de la « patria potestas ».

Je n'ai pas à écrire ici l'histoire de la *patria potestas* avant la conquête de la Gaule ; ni même à exposer d'une manière complète son organisation dans cette contrée aux siècles suivants. Ce n'est qu'après l'avènement du christianisme et l'invasion des Barbares, après l'établissement de la monarchie catholique franque, réunissant sous sa domination la plus grande partie de notre territoire, que les trois éléments primordiaux de nos institutions nationales se trouvent réellement en présence et commencent à les former. Nous étudierons plus tard cette formation aussi minutieusement qu'il nous sera possible ; nous ne cherchons maintenant qu'à nous faire une idée exacte de la nature de ces éléments.

Quels étaient donc les traits essentiels de la *patria potestas* ? Beaucoup de ceux qui se sont occupés de cette question, et il se rencontre parmi eux des autorités considérables, attribuent tout d'abord à la famille romaine un caractère factice, et la considèrent dans son ensemble comme « une création arbitraire du législateur »[1]. Si l'on entend par là que le législateur romain consacra et accentua, dans un but politique et en

[1] Glasson, *France*, t. III, p. 4 ; — Cf. Accarias, n° 75 ; — Bernard, p. 24, 25, 29 ; — Lederlin, *Essais sur la puissance paternelle d'après les principes du droit romain*, Strasbourg, 1854, p. 12 ; — Pascaud, p. 8.

vue de l'intérêt commun, l'organisation familiale en présence de laquelle il se trouvait, il n'y a rien de plus évident[1]; si l'on entend, au contraire, qu'il créa sous l'empire de ces considérations, une organisation nouvelle pour des groupements matériels et économiques d'un caractère différent[2], il n'y a rien de moins vraisemblable. Nulle part, la constitution familiale n'est, dans son essence, l'œuvre des lois qui la concernent; elle les précède, elle les produit. Ce sont ses coutumes qui leur servent de base; et ses coutumes sont la résultante des mille forces que la vie commune met en présence : idées, croyances, passions, besoins. Les organismes naturels, parmi lesquels la famille occupe la première place, naissent dans la société, bien avant le législateur[3]. Plus tard, ils échappent à son action dans une large mesure, et c'est fort heureux, car cette action leur est souvent funeste. Loin d'être capable de les créer, le législateur voit rarement les hommes et les choses d'assez haut et d'assez loin, rarement il a l'esprit assez libre et la main assez forte ou assez souple pour diriger leur développement avec sagesse sans l'entraver ni le fausser. Représentant de l'État, jaloux de son pouvoir arbitraire, il regarde trop souvent comme autant d'usurpations les fonctions dont ils s'acquittent, et sa tendance ordinaire est de les amoindrir sans cesse afin de leur substituer les mécanismes artificiels par lesquels s'exerce directement sur les individus la souveraineté de l'État. Rome ne fait pas exception à la règle. Le législateur y a trouvé le droit familial « déjà établi, vivant, enraciné dans les mœurs, fort de l'adhésion universelle. Il l'a accepté, ne pouvant pas faire autrement »[4], et c'est seulement plus tard, lentement, peu à peu, qu'il en a fait sa chose.

Ce n'est pas la loi, ce sont les mœurs religieuses — je l'ai rappelé déjà pour l'antiquité en général[5] - qui ont fait

[1] Cf. RIVIER, p. 17.
[2] J'emprunte ici quelques expressions à M. P. VIOLLET, *Droit privé*, p. 494, 495.
[3] Cf. FUSTEL DE COULANGES, *Cité antique*, p. 40, 92, 93.
[4] FUSTEL DE COULANGES, *Cité antique*, p. 93.
[5] Ci-dessus, Introduction, p. 22 et s.

le *paterfamilias* roi dans la vie, comme elles le faisaient dieu dans la mort. Le premier fleuron de sa couronne, le premier caractère essentiel de son autorité, c'est l'indépendance. « Pour tout ce qui concerne sa maison et ses intérêts privés, écrit Ihéring, le chef de famille possède le même pouvoir législatif et le même pouvoir judiciaire que le peuple en ce qui concerne la généralité des citoyens. Ce qui fait la base du droit ancien, c'est l'idée d'autonomie. La *lex publica* n'apporte de restriction au domaine de la législation privée que là où l'intérêt de tous le commande impérieusement »[1]. Dans ce royaume que la loi lui reconnaît et aux frontières duquel elle s'arrête, que sera le pouvoir du père ?[2]. Trois mots suffisent à en déterminer la nature : il est absolu ; il est perpétuel ; il est familial[3].

Absolu et perpétuel, il décide de tout ce qui concerne les descendants, quel que soit leur degré, leur situation ou leur âge. Le père peut refuser, au moment de leur naissance, de les accueillir dans la famille[4]. Il peut, après les y avoir accueillis, les en faire sortir : l'émancipation, l'adoption, la donation, la vente, l'abandon noxal, et, pour les filles, le mariage, auront cet effet. S'il les garde, il dispose de leur personne, soit pour louer leurs services ou les donner en gage à quelque créancier, soit pour les fiancer, les marier, les offrir au collège des Vestales, si ce sont des filles[5], ou même dissoudre leur mariage si ce sont des fils[6].

Cette dépendance, il est vrai, n'entraîne incapacité que pour la fille et ne préjudicie pas à la capacité générale du fils. Il

[1] *Esprit du Droit Romain*, t. II, p. 142.

[2] Je prendrai souvent dans ce chapitre le mot *père* avec le sens *paterfamilias*. Lorsque je voudrai désigner le *genitor*, j'aurai soin de m'en expliquer. Même observation pour les mots *fils*, *filles* : ils comprennent tous les descendants en puissance.

[3] Sur le caractère de la *patria potestas*, Cf. notamment : Ihering, II, 35, 38 ; — Rivier ; — Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, I, l'*Ancien droit* ; — Girard, *Droit romain* ; — Cornil, p. 416 ; — Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 39 et s. ; 92 et s. On a souvent exagéré, par réaction, la douceur de la *patria potestas*. Cf. ci-après, pages 46, note 1 ; 47, note 1 ; 49, note 4 ; 50, texte et note 4.

[4] Voir les auteurs cités par Cornil, p. 421, texte et note 1, et p. 422, note 1.

[5] Aulu Gelle, I, 12.

[6] Paul, *Sent.* V, 6, 15.

sera même capable de très bonne heure. Dès l'âge de sept ans, il peut faire tous les actes qui, s'il en profitait, rendraient sa condition meilleure[1]. Devenu pubère, il jouira de tous les droits politiques ; il sera, en outre, pleinement majeur, à l'origine, et c'est seulement lorsque les progrès de la richesse et de la civilisation auront rendu le mécanisme de la vie romaine plus complexe, la famille moins unie et moins forte, l'éducation de l'enfant moins facile et ses intérêts plus grands, que l'on songera à reculer sa majorité en lui accordant la *restitutio in integrum* contre les actes faits avant 25 ans[2]. Le *filiusfamilias* n'est donc pas toute sa vie incapable; mais il reste toute sa vie *filiusfamilias*, et son père est maître des biens qu'il acquiert à un titre quelconque. Il n'en peut disposer ni entre vifs ni par testament, ni les administrer sans autorisation. S'il est mineur, son père pourra lui donner un tuteur par acte de dernière volonté ; et même, pour le cas où il décéderait impubère, tester pour lui après l'avoir fait héritier.

Ce pouvoir illimité est muni de sanctions adéquates. Le père peut châtier son fils à sa guise, le faire fustiger, l'enfermer dans la prison domestique, le chasser, l'exhéréder, l'exclure de la famille, l'exclure même, indirectement, de la cité en le vendant comme esclave ou en l'envoyant en colonie[3]. Il peut le condamner à mort[4]. La loi n'apporte à cette omnipotence, en la consacrant, que des tempéraments médiocres, exigés par l'intérêt général. Le plus considérable concerne les charges publiques, que le *filiusfamilias* peut briguer et exercer librement : mais elles ne le soustraient pas, pour le reste, à l'autorité paternelle. Dans leur exercice même, le fils,

[1] Accarias, n° 153.

[2] Je résume ici les remarques de M. Paul Viollet, *Droit privé*, p. 510, 513, 514.

[3] Cicéron, *Pro Domo*, 30 ; — Gaïus, I, 131. La partie du texte de Cicéron relative aux condamnés me paraît éclaircir la difficulté, signalée par M. Accarias (t. I, n° 119, note 1), que nul ne perd le *jus civitatis* malgré lui. Le père n'ôte pas le droit de cité, mais il prononce une peine ou il donne un ordre dont l'accomplissement aura pour effet de l'ôter. Ce n'est d'ailleurs pas subtilité pure : le fils n'a qu'à prendre la fuite avant d'être vendu, ou d'être inscrit pour la colonie, et il gardera, malgré son père, la double qualité d'homme libre et de citoyen.

[4] Cicéron, *Pro Domo*, 29 ; — Aulu Gelle, V, 19 ; *Collatio legum Mosaïcarum*, IV, 8.

protégé tant qu'il est en charge[1], doit songer qu'il cessera de l'être, en sortant, pour retomber aussitôt sous la juridiction paternelle[2]. Dans l'ordre domestique, la loi oblige le père à élever au moins ses fils et l'aînée de ses filles[3] ; mais, par contre, elle ordonne de rejeter l'enfant trop faible ou trop difforme[4]. Elle dispose aussi que le père ne pourra pas vendre le fils marié[5], et que le fils vendu rentrera dans la famille s'il est affranchi par son maître; mais, par contre, elle admet qu'il retombe ainsi pleinement sous la *patria potestas*. Il pourra donc être vendu une seconde fois, puis une troisième; et la loi, cédant à la volonté persistante du père, déclare, cette fois, le sort de l'enfant définitif : il est affranchi de la puissance du père; mais il passe sous celle de l'acheteur, et le voilà banni pour toujours du petit royaume paternel[6]. Si l'on ajoute que les formes solennelles et publiques du testament faisaient de l'exhérédation un acte grave, soumis au contrôle de toute la cité, on aura la liste à peu près complète des restrictions apportées par les plus anciennes lois de Rome à la souveraineté du *paterfamilias*.

[1] CICÉRON, *De invent. orat.*, II, 17.

[2] TITE LIVE, II, 41.

[3] DENYS D'HALICARNASSE, II, 15.

[4] CICÉRON, *De legibus*, III, 8.

[5] DENYS D'HALICARNASSE, II, 17; — PLUTARQUE, *Numa*, 17.

[6] *Leg.* XII *tab.* 4 : « *Pater si filium ter venum duit, filius a patre liber esto* ». On considère généralement que la limitation apportée en ce point par la loi à la puissance paternelle consiste à réduire à trois le nombre des ventes (En ce sens, notamment : IHÉRING, t. II, p. 181; — FUSTEL DE COULANGES, *Cité antique*, p. 101, 367). C'est oublier que, à l'origine, et très probablement encore à l'époque des XII Tables, la rupture du lien familial était considérée comme une peine rigoureuse. Vendu, l'enfant devenait l'esclave de l'acheteur (Cf. CORNIL, p. 443 et 444, texte et note 1). Affranchi ensuite, sa condition restait misérable. Exilé du foyer domestique sans possibilité d'y rentrer autrement que par adrogation, exclu des *sacra*, exhérédé, l'enfant *sui juris* du vivant de son père n'était plus qu'une épave dans la société. Dès lors, de deux choses l'une : ou bien la vente n'entraînait primitivement en aucun cas rupture définitive, et alors les decemvirs n'ont pas restreint, mais augmenté le pouvoir du père : la lettre de leur texte peut donner quelque apparence de raison à cette manière de voir; ou bien une seule vente suffisait à produire cette rupture, et alors la restriction a consisté à en exiger trois : le pouvoir absolu du père, la nature du contrat de vente, et, par dessus tout, ce fait que tous les descendants, sauf l'enfant mâle du premier degré, sortent de la famille par une seule vente (GAÏUS, I, 132; — Cf. ACCARIAS, n° 119, t. I, p. 304, texte et note 1) me semblent donner en ce sens une véritable certitude.

Cette souveraineté, pourtant, n'était pas le despotisme contre nature que l'on s'est trop souvent plu à décrire. Les Romains à l'origine, se faisaient de la vie familiale une idée très haute et très douce. Ils avaient, dans tous les sens de l'expression, le culte du foyer, et, si les monuments de leur littérature témoignent du caractère sacré qu'ils attribuaient à la maison et à son maître, ils proclament aussi que l'idéal de paix, d'affection, de tendresse, qui est pour nous l'idéal même du bonheur domestique, ne leur était pas étranger[1].

Aussi bien, la *patria potestas* porte en elle-même sa limite. C'est un pouvoir essentiellement familial. L'individu n'est nulle part le but dans les institutions antiques : sa personnalité ne tient que peu de place dans les préoccupations des anciens, et sa liberté, telle que nous la comprenons, ne leur entre guère dans l'esprit. Ils ne considèrent que la collectivité : d'abord la famille ; puis la cité, dans laquelle sa personnalité s'absorbe et dont la liberté lui suffit. La *patria potestas* n'a pas été conçue par les Romains d'une autre manière. Ce n'est ni pour les enfants, ni pour le père qu'elle s'organise à l'origine : c'est pour la famille. « Le pouvoir du père, écrit Ihering, ne consiste pas à lui permettre de satisfaire ses caprices ou d'exercer un despotisme arbitraire ; il est le moyen de remplir, selon ses propres aspirations et sous sa propre responsabilité, sans être entravé par des règles de droit gênantes, la mission que la famille lui impose et les devoirs qu'une voix intérieure lui commande »[2]. C'est une magistrature domestique qu'il exerce, souvent avec l'assistance d'un conseil de parents qui se transforme, le cas échéant, en un véritable tribunal[3], toujours

[1] Voir, entre autres, les nombreux textes cités par Cornil, p. 467, 474. Il faut remarquer pourtant que les orateurs, les moralistes et les poètes sont sujets à modifier la réalité pour les besoins de leur cause : les historiens le font bien, parfois ! On doit tenir compte aussi de l'égoïsme humain, des abus qu'il engendre forcément, de la distance qu'il y a entre bien penser et bien agir, de la distance encore plus grande qui sépare la pensée d'une élite des actions du commun des hommes. Caton, Senèque, s'indignent contre l'usure et la pratiquent largement (Cf. Deloume, p. 37). Méfions-nous de l'hypocrisie romaine : elle est grande.

[2] Ihering, t. II, p. 192.

[3] Ihering, t. II, p. 209 ; — Accarias, n° 76. Ce tribunal n'est qu'une institution extra-légale.

sous le contrôle des membres de la famille, qui peuvent, contre des abus criminels, invoquer les lois pénales de la cité, et probablement même, contre de simples excès, recourir aux sévérités du censeur[1]. La mère est là, d'ailleurs, pour tempérer ce que pourrait avoir d'excessif la rigueur du père. Sans doute, elle est soumise personnellement à son pouvoir absolu. Elle est *in manu, loco filiæ*[2] ; mais en tout ce qui concerne la famille elle est son égale. « Reine de la maison, comme il en est le roi »[3], elle porte le titre de *materfamilias* et elle est associée à son gouvernement. « Quoique la puissance paternelle ne lui appartienne jamais, dit M. Accarias, elle exerce la même autorité que lui sur les enfants. Les textes ne manquent pas pour établir qu'ils lui obéissent avec autant de respect qu'au père et que c'est à elle surtout qu'est confiée la direction de leur première éducation »[4]. L'histoire et la littérature de Rome ne sauraient laisser aucun doute sur la dignité et l'influence souveraines de la mère au foyer domestique ; et peut-être ne serait-il pas inexact de dire qu'elle y tient la place d'honneur, entourée qu'elle est par son mari, par ses enfants, par ses esclaves, par tout le peuple, d'égards et de vénération.

En ce qui concerne les biens, le caractère familial de la *patria potestas*, est peut-être plus sensible encore. Longtemps, très longtemps après que la notion de l'autorité du père a fini d'absorber celle de la communauté des biens[5], la

[1] DENYS D'HALICARNASSE, II, 9, 2 ; — IHÉRING, t. II, p. 137 et s., dit que le père devait aussi, dans l'exercice de son pouvoir, compter avec l'opinion publique. Il rappelle que l'on ne pouvait briguer les magistratures sans « s'attendre à voir tout son passé mis à nu et livré à la critique du peuple. Quelles espéranees, ajoute-t-il, pouvait encore concevoir celui qui s'était rendu indigne de la faveur populaire ? La brutalité envers la femme, les enfants, les esclaves...., en un mot, les actions qui, en droit, étaient absolument permiees, mais que les mœurs défendaient, plaidaient sévèrement contre le solliciteur ». La vénalité des mœurs électorales romaines — sans parler du reste — enlèvent presque toute valeur à ces arguments (Cf. DELOUME, p. 43, 48 et s.).

[2] GAIUS, I, 111, 114. Le mariage *cum manu* était certainement le seul connu à l'origine.

[3] DENYS D'HALICARNASSE, II, 25 « Κυρία τοῦ οἴκοῦ τὸν ἀυτὸν τρόπον ὅνπερ καὶ ὁ ἀνήρ ».

[4] ACCARIAS, n° 79 ; — Cf. GIDE-ESMEIN, p. 98 et s.

[5] J'emprunte cette expression à M. VIOLLET, *Droit privé*, p. 495. *L'uti legassit* des XII Tables marque déjà un grand pas vers cette absorption.

mémoire des jurisconsultes romains, plus fidèle que n'est aujourd'hui celle des nôtres, n'en a pas perdu le souvenir. Ils n'ont pas oublié que la loi des XII Tables, consacrant un droit antérieur, fondait la succession *ab intestat* sur la copropriété familiale[1]. Ils considèrent à leur tour les héritiers siens comme déjà propriétaires et appelés en cette qualité à recueillir la succession : « *Etiam vivo patre, quodammodo domini existimantur,* dit Paul, *itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam administrationem consequuntur*[2] ».

Ainsi, soit par rapport aux biens, soit par rapport aux personnes, l'autorité paternelle à Rome n'est pas plus organisée dans l'intérêt exclusif du père que dans l'intérêt exclusif de la Cité. Créée par la famille, elle est faite pour la famille qu'elle gouverne sans l'opprimer, qu'elle incarne sans l'absorber, et qu'elle maintient toujours une et stable.

II

La « patria potestas » à l'époque de César.

Les caractères fondamentaux de la *patria potestas*, tels que je viens de les résumer, n'avaient pas subi de transformation essentielle lorsqu'elle s'introduisit dans les Gaules ; mais ils avaient déjà reçu, des mœurs et des lois, de nombreuses atteintes.

A mesure que l'Etat grandit, le législateur voit d'un œil plus jaloux l'immunité de la famille. La nécessité de respecter cette autonomie n'apparaît pas comme à l'origine ; bien plus,

[1] ACCARIAS, nos 76; 421 ; 424, 3° ; — FUSTEL DE COULANGES, *Cité antique*, p. 77. On objectera peut-être que la liberté de tester reconnue au père indique qu'il était tenu pour unique propriétaire du patrimoine. Je réponds que cette liberté a pu lui être accordée en conséquence de conceptions différentes, par exemple, comme au représentant de la famille et dans l'intérêt de celle-ci. En général, du reste, c'est dans le régime des successions *ab intestat*, qu'il faut aller chercher les idées d'un peuple sur la propriété dans la famille. C'est d'après elles que ce régime s'organise ; il offre donc à l'induction, en ce qui les concerne, une base particulièrement solide.

[2] Dig., 28, 2, 11 ; — Cf. GAÏUS, II, 157.

une nécessité contraire s'impose et se fait plus impérieuse de jour en jour. On s'est relâché peu à peu de l'austérité des mœurs antiques. « Chez les Romains, dit M. Deloume, l'amour affolé des richesses, fruit dangereux de la conquête, commença l'œuvre de dissolution du foyer familial, que l'influence de l'Orient et la plaie croissante du divorce vinrent achever »[1]. Rien n'est plus exact. La passion de l'argent, passion bien romaine, se développa outre mesure[2]. Le goût du luxe et du bien-être remplaça d'assez bonne heure la rudesse et la simplicité primitives. L'égoïsme supplanta l'esprit de famille. Le père oublia le caractère originel de son pouvoir, s'affranchit de ses devoirs, abusa de ses droits, et la loi dut intervenir pour lui rappeler les uns et restreindre les autres.

C'est déjà une assez triste société qu'évoquent les comédies de Plaute et de Térence : mais que dire de celle que nous font connaître, sans la décrire, les écrivains des siècles suivants ? La corruption grecque et asiatique a envahi le foyer. Le temps est loin où, pour être sûr que le censeur, chargé de morigéner les citoyens, aurait lui-même de bonnes mœurs, on croyait suffisant d'exiger qu'il ne fût pas célibataire ![3] Les expositions d'enfants, bornées d'abord aux contrefaits, aux malingres, à ceux qu'une superstition quelconque ordonnait de retrancher de la famille ou de la cité, deviennent de plus en plus fréquentes[4]. Les naissances légitimes se font rares,

[1] Deloume, p. 3.
[2] Deloume, p. 35 et s.
[3] Cicéron, *De legibus*, III, 3, 7 ; — Denys d'Halicarnasse, IX, 22.
[4] M. Cornil pense que, très souvent, c'était dans l'intérêt des enfants et par amour que leurs parents les exposaient (p. 422, 425). C'est un paradoxe démenti par tout ce que dit cet auteur lui-même sur le sort des enfants exposés. Il en résulte, en effet, qu'ils se trouvaient placés entre quelques chances de tomber aux mains d'un bon *nutritor* et d'innombrables probabilités qui les vouaient à la mort, à la servitude, à l'exploitation la plus cruelle ou la plus honteuse. Les deux faits qu'il cite à l'appui de son opinion ne paraissent d'ailleurs pas avoir eu les causes qu'il leur assigne. Si l'empereur Auguste ordonna de ne pas élever l'enfant de Julie, ce fut, sans doute, pour que cet enfant ne restât pas dans la famille comme un témoignage vivant de l'inconduite de sa mère. Si C. Melissus fut exposé *ob discordiam parentum*, c'est probablement que l'animosité réciproque de ses parents le leur rendit odieux ; peut-être aussi son père le crut-il né d'un adultère. En tout cas, il est invraisemblable de supposer, comme fait M. Cornil, que l'on voulut en les exposant, soustraire l'un ou l'autre de ces deux nouveau-nés au péril de

d'autre part, et l'on voit augmenter peu à peu le nombre des familles obligées, pour ne pas s'éteindre, de recourir à l'adoption[1]. Le soin de l'éducation est abandonné aux esclaves, et Dieu sait comme elle est ainsi faite ! L'émancipation, autrefois peine rigoureuse, est devenue un bienfait[2]. Les divorces se multiplient sans mesure. Les vices qui se manifesteront à l'époque impériale par des lois comme les Juliæ, la Pappia Poppæa, le S. C. Macédonien, sont dans les mœurs à la fin de la République[3]. Il ne faut pas s'y tromper : ce qui était rare à l'origine devient commun ; ce qui était commun devient rare ; et c'est errer du tout au tout de croire qu'un seul et même tableau de la famille et de l'autorité paternelle puisse convenir à l'une et à l'autre époque[4]. En droit, il n'y a que peu de chose de changé ; en fait, sauf quelques exceptions, les traditions antiques sont perdues. Si l'on se souvient encore d'elles, ce n'est pas pour les reprendre, mais seulement pour orner sa phrase de louanges ou de regrets. En théorie, le père est toujours monarque absolu et perpétuel, gouvernant sans despotisme et dans l'intérêt de tous les personnes et les biens de la famille qu'il représente et dont il est l'âme. En pratique, le père vit pour lui-même, gouverne pour lui-même, est seul propriétaire des biens.

Souvent aussi, absorbé par son ambition, ses plaisirs ou ses affaires, il se soucie peu de gouverner et ne le fait qu'avec indifférence ou faiblesse Les liens de la collectivité se relâchent ; l'intérêt de l'individu, père ou enfant, se substitue au

recevoir, de parents indignes, une mauvaise éducation et de déplorables exemples. Le remède eût été pire que le mal (Cf. WEISS, p. 406, 408 ; — ALLARD, *Esclaves*, liv. III ch II, p. 353 ; — LALLEMAND, p. 58 et s.).

[1] Cf. ACCARIAS, n° 107, t. I, p. 268. note 2.

[2] Cf. TAUDIÈRE, p. 42, texte et note 1 ; p. 45 ; voir aussi sur le caractère primitif de la rupture du lien familial et sur la condition du fils vendu, puis affranchi, c'est-à-dire émancipé, ci-dessus, p. 45, note 6.

[3] Cf. DELOUME, ch. I ; — Paul ALLARD, ch. IV ; — GIDE-ESMEIN, p. 124 et s. ; 128.

[4] La préoccupation de rendre à la *patria potestas* en elle-même son véritable caractère, me paraît avoir entraîné M. Cornil à quelque oubli de cette distinction. Elle ôte à plusieurs de ses citations une partie de leur portée. C'est ainsi que l'on pourrait opposer aux textes de Sénèque ou des comiques latins qu'il invoque en faveur de la famille romaine, nombre de passage des mêmes auteurs, en sens contraire : le tout est de distinguer entre une époque et une autre (Cf. aussi les réserves formulées ci-dessus, p. 46, note 1).

sien. Il faut le reconnaître, d'ailleurs, l'oubli des traditions porta sur ce qu'elles avaient de contraire à la nature comme sur ce qu'elles avaient de sage et de grand. Dans bien des cas, les mœurs familiales durent gagner, au point de vue des affections naturelles, un peu de ce qu'elles perdaient en noblesse et en austérité. Ainsi s'accomplit, à l'intérieur de la famille, sous l'influence d'idées philosophiques nouvelles et d'un milieu social nouveau, une transformation qui ne se manifeste que point par point et plus tard dans son organisation juridique.

Ce changement dans l'esprit de l'institution familiale, appelait une intervention progressive du législateur dans le domaine fermé aux limites duquel son pouvoir expirait jadis. Le droit de contrôle dévolu au censeur avait été un premier essai, bien timide. La restriction apportée aux effets de la vente du *filius-familias* par son père, si, comme il semble, elle n'est pas antérieure, en fut un second [1]. Désormais, pourvu que l'acheteur ait le *commercium*, l'enfant vendu ne sera plus esclave, mais seulement *in mancipio* ; il restera libre. Ce n'est encore que peu de chose ; mais un pas décisif se fait bientôt et l'on voit apparaître dans le droit civil toute une série de dispositions restrictives du pouvoir paternel sur les biens.

Les pères ont oublié la notion traditionnelle de la copropriété familiale : le magistat d'abord [2], la loi ensuite, s'en font les gardiens [3]. Ils ordonnent que l'exhérédation des *sui heredes* soit conçue en termes impératifs, comprenne toute l'hérédité, se fasse nominativement pour le fils, à peine de nullité du testament, et au moins *inter cæteros* pour les autres descendants, à l'égard desquels le silence du testateur vaudra institution d'héritier. Le Préteur complique ces formalités gênantes

[1] CORNIL, p. 443, 444.

[2] Plusieurs des dispositions que je vais noter, furent consacrées d'abord par la coutume juridique — ce que nous appellerions aujourd'hui jurisprudence — avant de passer dans la loi.

[3] On a prétendu que la théorie de la copropriété familiale fut inventée par les jurisconsultes pour justifier les restrictions apportées à la liberté de tester, et qu'elle aurait dû les conduire à supprimer complètement le droit d'exhérédation. C'est une double erreur. Historiquement la notion de la copropriété familiale est aussi ancienne que la propriété et la famille ; juridiquement, elle n'exclut pas toute exhérédation, mais seulement l'exhérédation sans causes sérieuses.

en exigeant l'exhérédation expresse, et, sauf pour les femmes, nominative, de tous les descendants issus des *justæ nuptiæ* par les mâles, même lorsqu'ils ne sont pas *sui heredes*. Il donne à ces descendants, s'ils ont été omis dans le testament, et à charge de rapport, la *bonorum possessio contra tabulas*, par l'effet de laquelle le père sera réputé mort sans avoir testé. Il leur accorde aussi, *ab intestat*, la *bonorum possessio unde liberi*; de sorte que la succession du père pourra être recueillie même par les descendants qu'il aura fait sortir de la famille, pourvu qu'ils n'appartiennent pas à une autre lors de son décès. Plus tard, enfin, on ouvre aux descendants totalement exhérédés sans cause sérieuse, la *querela inofficiosi testamenti* pour faire rescinder le testament.

De nombreuses mesures sont prises, d'autre part, pour empêcher le père de tourner la loi en dépouillant par des donations ou des legs excessifs les enfants dont elle veut affirmer et sauvegarder les droits. Pour les legs, c'est la loi *Furia testamentaria*[1] qui défend de recueillir un legs de plus de mille as, si l'on n'est pas proche parent du testateur; la loi *Voconia*[2], qui, dans le cas où ce dernier a cent mille as de fortune ou davantage, interdit aux légataires de recevoir chacun plus que l'héritier; la loi *Falcidia*[3] qui interdit au testateur de disposer de plus des trois quarts de sa fortune au préjudice de l'héritier. Pour les donations, c'est la loi *Cincia*[4] qui fixe un taux uniforme au-delà duquel les proches parents du donateur peuvent seuls recevoir quelque chose.

Le père conservait, sans doute, après tout cela, le droit d'exhéréder ses enfants : mais l'exercice de ce droit était singulièrement entravé. Chose plus grave, la puissance paternelle recevait des limites légales, non plus au nom de l'intérêt supérieur de la Cité, domaine de la loi, mais au nom de l'intérêt de la famille, domaine du père : les magistrats devenaient, à la place de celui-ci, juges des droits et des devoirs de chacun dans la société domestique.

[1] Plébiscite voté en 183 avant Jésus-Christ.
[2] Plébiscite voté en 169 avant Jésus-Christ.
[3] Votée en 40 avant Jésus-Christ, dix ans après la conquête de la Gaule
[4] 204 avant Jésus-Christ.

Vers la même époque, les consuls sanctionnent l'obligation alimentaire[1] : c'est un empiètement de même sorte. « Au début de la période impériale, écrit M. Cornil, on peut considérer comme définitivement accomplie l'évolution qui introduisit le droit positif à l'intérieur de la famille »[2].

III

La « patria potestas » en Gaule de César à Constantin.

Telle était la *patria potestas*, lorsque les Romains, franchissant les bornes de la Province, la portèrent dans toute la Gaule. Le changement profond qui se fait en elle est à peu près achevé dans les mœurs ; il est commencé dans les lois et visiblement à la veille de s'y manifester par des atteintes plus directes et plus hardies à l'omnipôtence du père. Le despotisme impérial va hâter et accentuer, en vue de sa propre extension, ce mouvement législatif. Chez les jurisconsultes, l'influence du stoïcisme, partout, la diffusion des idées chrétiennes sur la dignité et la liberté de la personne humaine et sur l'autorité, vont le favoriser en faisant trouver les abus plus odieux et l'intervention de l'État plus légitime. Ce n'est donc pas seulement un droit nouveau qui, par l'extension rapide du droit de cité romaine après la conquête[3], pénètre dans la famille gauloise et la transforme : c'est un droit qui est entré lui-même dans une phase décisive et active de son évolution. Un double travail s'opère ainsi chez les Celtes de la Gaule pendant la période que nous considérons à présent : travail d'élimination progressive, en ce qui concerne l'organisation familiale, de l'esprit, des mœurs et des lois celtiques par l'esprit, les mœurs et les lois de Rome ; travail de transformation progressive des institutions domestiques importées de la sorte par les conquérants.

[1] Cornil, p. 477; — Girard, *Droit Romain*, p. 617.
[2] Cornil, p. 476.
[3] Sur cette extension : Cf. Viollet, *Droit public*, t. I, p. 34, 35, 39 et s.

Il est impossible d'émettre, au sujet de l'élimination des coutumes celtiques, en dehors de l'affirmation générale de son existence, autre chose que des conjectures. La puissance qu'elles donnaient au pére sur les personnes ne différait pas essentiellement de celle qu'il possédait chez les Romains : ce n'est donc pas en ce point que le travail dont nous parlons produisit ses plus remarquables effets. C'est sur le régime des biens que l'acquisition du droit de cité, et, par suite, du *connubium*, du *commercium* et de la *factio testamenti*, eut la plus profonde influence : or, ce régime nous est à peu près inconnu[1]. Les hypothèses que l'on peut légitimement former permettent cependant de se rendre compte du changement produit.

« Si la famille gauloise, dit M. Paul Viollet, se compose, comme nous devons le supposer, de copropriétaires vivant en communautés sous l'hégémonie du chef, le Gaulois devenu citoyen romain et jouissant du *jus connubii* pourra briser ces vieux usages : il sera, ou il se considérera comme seul propriétaire, au lieu d'être copropriétaire avec ses enfants et ses parents ; du coup, toute l'économie de la famille gauloise sera bouleversée.

« Si la propriété immobilière privée est encore, chez les Gaulois, enclavée dans les liens persistants de la propriété commune...., si toute aliénation, comme les lois historiques du développement du droit privé nous permettent de le supposer, est soumise à l'autorisation préalable des parents ou frappée en leur faveur, d'un droit de préemption ou d'un droit de retrait, le *commercium* atteindra au cœur et la propriété et la famille gauloise... tous ces droits de famille s'évanouiront devant lui.

« Si, enfin, les Gaulois n'ont pas atteint ce degré du développement juridique qui s'appelle le testament, la *testamenti factio* donnera encore au Gaulois devenu citoyen une arme nouvelle qu'il pourra tourner contre sa propre famille et contre toutes les traditions de sa patrie. Depuis longtemps roi dans sa

[1] Cf. ci-dessus, ch. I, p. 38 et s.

famille, il gardera, comme le Romain, son sceptre outre-tombe, et brisera, à son gré, tous les liens du sang et tous les droits traditionnels ; mais il pourra, aussi, donner à tels de ces liens une consécration nouvelle. Car le testament est bon à cette double fin. Nous avons la preuve que les Gaulois firent de bonne heure usage du testament romain : un fragment considérable du testament laissé par un Lingon à la fin du premier siècle est parvenu jusqu'à nous »[1]. Ce n'est pas seulement le testament, ce sont toutes les institutions romaines que les Gaulois s'approprièrent avec empressement. Le droit de cité fut bientôt à peu près universel dans leur pays, et, cent vingt ans à peine après César, Petilius Cerialis, à la veille de réprimer leur dernier effort vers l'indépendance politique, pouvait dire aux députés des Lingons : « Entre vous, Gaulois, et nous, Romains, toutes choses sont devenues communes. C'est vous qui commandez la plupart du temps nos légions, vous qui gouvernez ces provinces et d'autres encore. Nous n'avons nul privilège, et vous n'êtes exclus de rien »[2]. Dès cette époque, il n'y a pour ainsi dire plus de Gaulois, mais seulement des Gallo-Romains : les transformations subies par l'organisation familiale romaine sont désormais les seules à considérer.

Elles sont incessantes et considérables. Le droit de disposition du père sur la personne de ses enfants disparaît d'une manière presque complète. Au temps d'Auguste, il n'était déjà plus dans les mœurs. Un chevalier, nommé Erixon, ayant fait périr son fils sous les coups, n'échappa que difficilement à l'indignation de la foule[3]. La loi Julia, due au même prince, consacre ces sentiments, et retire au père le droit de faire mourir sa fille adultère, à moins qu'il ne la surprenne en flagrant délit dans sa propre maison ou dans celle de son gendre et ne la tue sur le champ ainsi que son complice[4]. Au second

[1] VIOLLET, *Droit public*, I, p. 37, 38.

[2] TACITE, *Hist.*, IV, 74 : « *Cætera in communi sita sunt. Ipsi plerumque legionibus nostris præsidetis ; ipsi has aliasque provincias regitis. Nihil separatum clausumve* ».

[3] SÉNÈQUE, *de Clem.*, I, 14.

[4] Dig., 48, 5, 20 et s. ; — *Coll. leg. mos.*, 4, 2, 3.

siècle, Hadrien condamne à la déportation un père qui a tué son fils à la chasse : « C'est en brigand plus qu'en père, dit la sentence, qu'il s'est conduit en mettant son fils à mort; car la puissance paternelle doit être toute de miséricorde et non pas de cruauté »[1]. Ce fils, pourtant, était coupable d'inceste avec sa belle-mère, seconde femme du meurtrier. Marcien qui rapporte ce jugement, ajoute à la liste des parricides donnée par la loi Pompeia, non seulement la mère qui tue son enfant, mais l'aïeul qui tue son petit-fils, sans distinguer s'il l'a ou s'il ne l'a pas *in potestate*[2]. Enfin, au commencement du troisième siècle, Ulpien écrit : « Le père ne peut tuer son fils sans que celui-ci ait été entendu par le magistrat; il doit, au contraire, porter plainte contre lui auprès du préfet ou du *præses* de la province »[3].

Ce texte est tiré, il est vrai, d'un traité spécial sur l'adultère, et peut être n'avait-il, dans la pensée du jurisconsulte, qu'une portée restreinte ; mais lorsqu'on le rapproche des citations que je viens de faire ou que je ferai dans la suite, il est difficile de n'y pas voir à tout le moins une application particulière d'une règle générale enlevant au père le droit de vie et de mort[4].

A la même époque, Paul émet l'opinion que le refus d'élever l'enfant et l'exposition, sont assimilables au meurtre[5]. La vente, à l'en croire, n'est plus tolérée que si les parents sont

[1] Dig., 48, 9, 5 : « *Latronis magis quam patris jure eum interfecit : nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate, consistere* ».

[2] Dig., 48, 9, 1.

[3] Dig., 48, 8, 2 : « *Inauditum filium pater occidere non potest : Sed accusare eum apud præfectum præsidemve provinciæ debet* ».

[4] Cette manière de voir est confirmée par la façon dont Paul s'exprime au sujet du droit d'exhérédation qui appartient au père : « LICET *eos exheredare*, dit-il, *quod et occidere* LICEBAT » (Dig. 28, 2, 11).

[5] Dig., 25, 3, 4 : « *Necare videtur non tantum is qui partum perfocat, et sed is qui abjicit et qui alimonia denegat, et is qui publicis misericordiæ causa exponit quam ipse non habet* ». Ce n'est vraisemblablement pas un principe juridique que Paul entend exprimer là. Le mot *videtur* donne à penser que c'est seulement un principe de morale, une opinion personnelle, et je n'oserais pas affirmer que l'abandon dans un lieu désert (*qui abjicit*), la négligence volontaire mortelle (*qui alimonia denegat*) et l'exposition dans un lieu fréquenté (*qui publicis misericordiæ causa exponit*), fussent dès lors, soit par la loi, soit en vertu d'une jurisprudence universelle et constante, frappés des peines du meurtre.

dans une extrême misère, encore ne rend-elle pas l'enfant esclave[1]. Dans tout autre cas, elle entraîne probablement des peines sévères, au moins pour l'acheteur, puisque le créancier qui reçoit seulement en gage l'enfant de son débiteur est puni de la déportation[2]. Caracalla déclare qu'elle est illicite et il autorise le père à en poursuivre la rescision[3]. Trois quarts de siècle plus tard, Dioclétien renouvelle toutes ces prohibitions en termes encore plus décisifs : « C'est un axiome juridique, dit-il, que les enfants ne peuvent être transmis par leurs parents à d'autres personnes ni par vente, ni par donation, ni à titre de gage, ni d'aucune autre manière »[4].

Il n'est pas douteux, toutefois, que la tolérance indiquée par Paul n'ait été consacrée par les constitutions impériales, et la vente des nouveau-nés, *sanguinolenti*, permise aux indigents[5]. L'abandon noxal, d'autre part, reste encore licite ; mais il n'entraîne plus pour l'enfant qu'un *mancipium* temporaire, une sorte de louage de services forcé, dont la durée se mesure au dommage qui l'a causé[6].

[1] Paul, *Sent.*, V, 1, 1 ; Cf. ci-dessous note 5.

[2] Paul, *Sent.*, *ibid.*

[3] Code Justinien, VII, 16, 1.

[4] Code Justinien, IV, 43, 1 : « *Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis, titulo, neque pignoris jure aut alio quolibet modo... in alium transferri posse manifestissimi juris est* ». : Adde: Code Justinien IV, 10, 12, a° 294 : « *Ob æs alienum servire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur.*

[5] « *Secundum statuta priorum principum* », dit Constantin, en autorisant cette vente à son tour (C. Th. V, 8, 1). On admet communément que l'enfant ainsi vendu par suite de la misère de ses parents était *in causa mancipii*. Cependant, à l'époque de Gaïus, le *mancipium* était déjà tombé en désuétude. Seule, la *noxæ datio* y donnait encore vraiment naissance (Gaius, I, 118, 119, 141). Dans les autres cas, peu nombreux d'ailleurs, où la mancipation était autre chose qu'une formalité, l'enfant pouvait généralement recouvrer sa liberté par le cens malgré son nouveau maître (Gaïus, I, 140). Il n'en allait guère autrement de la *noxæ datio* elle-même dès le temps de Papinien. Ce jurisconsulte nous apprend, en effet, que l'enfant peut recourir au préteur pour se faire affranchir lorsqu'il a gagné pour son maître l'équivalent du dommage causé (*Coll. leg. mos.*, II, 3). Cette transformation du *mancipium*, rapprochée du texte de Paul, et des constitutions impériales citées aux notes précédentes, donne à penser, semble-t-il, que, dans le cas où la vente était tolérée, l'enfant vendu ne tombait plus, en droit, à la fin de l'époque classique, ni dans l'esclavage, ni dans le *mancipium* mais qu'il devenait esclave de fait jusqu'à ce que l'acheteur fut rentré, d'une manière quelconque, dans ses frais d'achat, de nourriture, d'entretien, d'éducation, etc... Cf. Rivier, p. 276, 279, 280 ; — Cornil, p. 443, 444 ; — Accarias, n°s 77 et 122 ;

[6] Voyez la note précédente. En présence d'un droit si nettement favorable,

Le droit de correction, atteint déjà par les dispositions précédentes, est circonscrit dans des bornes de plus en plus étroites. A peine au commencement du IIe siècle, un père qui maltraitait son fils est contraint de l'émanciper sur l'ordre de Trajan. Ce n'est pas tout : après la mort de son fils, le père, en sa qualité de *manumissor*, demande la *bonorum possessio* et se la voit refuser. Une centaine d'années après, Papinien relate cette sentence[2], ce qui permet de penser que les principes qui l'avaient dictée étaient, depuis lors, restés en vigueur. Toujours est-il que, un peu plus tard, en 228, Alexandre Sévère[3] consacre, dans un de ses rescrits, l'obligation où se trouve le *paterfamilias* de n'infliger aucun châtiment grave sans recourir au magistrat. Celui-ci, il est vrai, devra prononcer la peine demandée par le père ; mais ce ne sera pas, évidemment, sans avoir usé de son influence, voire même de son autorité, pour faire réduire à de justes proportions toute demande excessive.

Il y a plus, le droit de garde lui-même ne reste pas intact. Antonin décide que la mère pourra obtenir d'être seule chargée de l'enfant en cas d'inconduite ou de méchanceté du père, sans que celui-ci soit déchu de la puissance paternelle[4]. Ulpien, citant ce décret un demi-siècle plus tard, observe que le père, exerçant l'interdit *de liberis exhibendis et ducendis* pourra perdre son procès, même s'il prouve que l'enfant est en sa puissance[5]. Sous Dioclétien, le juge décide souverainement, en cas de divorce, auquel des deux époux les enfants, garçons ou filles, seront confiés ; et le texte qui renferme cette déci-

dans son ensemble, à la vie et à la liberté de l'enfant, il paraît difficile d'admettre que le père puisse enlever indirectement la liberté à sa fille, en la forçant à épouser l'esclave d'autrui malgré le maître. Le texte de Paul (*Sent.*, XXI, A, 10), qui prévoit le cas, vise peut-être une simple permission et non un ordre du père : les mots « *jubente patre* » peuvent, en effet, avoir ce sens. Peut-être aussi n'y a-t-il là qu'une hypothèse purement théorique du jurisconsulte.

[2] Dig., 37, 12, 5.

[3] Code Just., 8, 47, 3.

[4] Dig., 43, 30, 3, § 5 : « *Obtinuit enim mater, ob nequitiam patris, ut, sine deminutione patriæ potestatis, apud eam filius moretur* ».

[5] *Ibidem.*

sion semble indiquer que l'usage était, antérieurement, de ne laisser au père que les garçons[1].

Nous voilà loin de la *patria potestas* primitive, loin de la timidité quasi superstitieuse des premiers pas du législateur sur le terrain familial ! Tout est d'ailleurs à l'avenant. Le consentement paternel est encore requis pour le mariage[2], même quand le *filiusfamilias* est soldat, malgré les privilèges militaires[3], même quand il s'agit d'une réunion entre époux précédemment divorcés[4] ; le père peut encore rompre les fiançailles de sa fille[5] et lui imposer un prétendant de son choix, pourvu qu'il ne soit ni contrefait ni de mauvaises mœurs[6] ; mais s'il est débauché ou difforme, la fille peut résister à la volonté paternelle. C'est déjà une exception ; il y en a bien d'autres, surtout en ce qui concerne le fils. Ce dernier ne peut-être ni fiancé[7], ni marié[8] malgré lui. Celsus admet, il est vrai, que, si le fils cède à la contrainte, le mariage n'en sera pas moins valable[9] ; mais les moyens de contrainte sont faibles et peu nombreux à l'époque impériale, et nous avons un rescrit de Dioclétien dans lequel cet empereur, en consacrant le principe de la liberté, ne paraît même pas avoir envisagé la possibilité d'une contrainte efficace[10]. Le père n'est pas toujours libre, lui, de refuser son consentement. Du jour où le célibat devint une cause d'incapacité, la loi dut protéger les fils de famille contre le mauvais vouloir dont ils pouvaient se trouver victimes. Auguste,

[1] Code Just., 6, 24, 1, anno 293. Ces diverses dispositions ne sont que le commencement de l'évolution de l'autorité paternelle vers l'autorité parentale (Cf. ci-après, p. 64 et 65).

[2] PAUL, *Sent.*, 2, 19, 5.

[3] Dig., 23, 2, 35. PAPINIEN.

[4] Dig., 23, 2, 18. JULIEN.

[5] Dig., 23, 1, 10. ULPIEN.

[6] Dig., 23, 1, 12, § 1. ULPIEN : « *Indignum moribus vel turpem sponsum* ». — *Turpem* me paraît opposé à *indignum moribus* et pris dans son sens propre, qui est celui de difformité, de laideur physique.

[7] Dig., 23, 1, 13. PAUL.

[8] Dig., 23, 2, 22. CELSUS. Adde : *ibid.*, 24 : TERENTIUS CLEMENS. Godefroy pense que ces divers textes s'appliquent à la fille comme au fils (GODEFROY, *ad leg.*, 6, C. Th. III, 5, t. I, p. 295).

[9] *Ibidem.*

[10] Code Just., 5, 4, 12.

édictant les lois caducaires, ne pouvait oublier ce point : aussi la loi *Julia* décida-t-elle que les pères qui refuseraient sans raison, ou seulement négligeraient de marier leurs enfants, y seraient contraints par le magistrat, institué de la sorte juge des motifs de leur refus[1]. Plus tard, Septime Sévère étendit à la constitution d'une dot la règle posée par Auguste pour le mariage[2]. A moins de supprimer tout-à-fait la nécessité du consentement du père, que pouvait-on faire de plus, en la matière, pour amoindrir son autorité[3] ? Il va sans dire qu'il n'est plus question pour lui d'imposer le divorce à ses enfants mariés. Antonin lui dénie formellement ce pouvoir[4]. Plus tard, Ulpien déclare que le droit est formel à ce sujet : « Cependant, ajoute-t-il, on devra, dans la pratique, faire en sorte d'amener le père, par persuasion, à ne pas exercer durement la puissance paternelle[5] ». Il est facile de voir que cette restriction n'est qu'un vœu du jurisconsulte, un conseil qu'il adresse au juge. La question qu'il examine, en effet, est de savoir si l'on doit donner au mari une exception contre l'interdit de *filia exhibenda vel ducenda* exercé par le beau-père, et il répond, sans aucun doute, affirmativement. Le mari lui-même, d'ailleurs, a l'interdit de *uxore exhibenda vel ducenda* contre le père de sa femme, même lorsque celui-ci a sur elle la *patria potestas*[6]. Dioclétien ordonne que toute femme retenue malgré elle chez ses parents, et réclamée par son mari soit

[1] Dig., 23, 2, 19. MARCIEN.

[2] *Ibidem.*

[3] On s'est fondé sur un texte de Paul (*Sent*, 2, 19, 5) pour prétendre que le défaut de consentement paternel n'était plus, à l'époque de ce jurisconsulte, qu'un empêchement prohibitif. Ce texte me paraît signifier seulement que le père ne peut pas imposer le divorce à ses enfants mariés avec son consentement. (En ce sens, voyez : POTHIER, *Contrat de mariage*, n° 17. — VANTROYS, p. 85 ; — VIOLLET, *Droit privé*, p. 404, note 4).

[4] PAUL, *Sent.*, 5, 6, 15 : « *Bene concordans matrimonium separari a patre Divus Pius prohibuit* » (Cf. ci-dessus, note 3).

[5] Dig., 43, 30, 1, § 5 : « *Certo jure utimur ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur : quod tamen sic erit adhibendum ut patri persuadeatur ne acerbe patriam potestatem exerceat* ». C'est donc à tort que l'on a vu là une hésitation du législateur à restreindre l'autorité paternelle et l'indépendance absolue du père (BERNARD, p. 29). A cette époque, le temps des hésitations est passé depuis 200 ans.

[6] Dig., 43, 30, 2. HERMOGÉNIEN.

laissée libre, par ordre du magistrat, de rentrer au foyer conjugal[1].

Le législateur, une fois entré dans la famille, ne s'y occupe pas seulement des intérêts de l'enfant, il pense encore à ceux du père; car il est devenu nécessaire à ce monarque d'être protégé par un autre contre ses sujets. La loi Pompeia avait soustrait le parricide à la juridiction familiale en le punissant du dernier supplice[2]. Le sénatus-consulte Silanien[3], en vue d'assurer la découverte et la punition du coupable, n'accorde la succession à l'héritier, en cas de soupçon, que sous des conditions spéciales[4]. Une loi de Claude[5] cherche à prévenir le crime en annulant les prêts d'argent faits au fils et remboursables à la mort du père. Sous Vespasien[6], le sénatus-consulte Macédonien la complète en interdisant d'une manière générale de prêter de l'argent aux fils de famille. Vers le même temps, le fils qui injurie ou maltraite ses parents, devient justiciable du préfet de la ville. Celui qui les calomnie en leur attribuant des maléfices est déclaré indigne de porter les armes[7]. Enfin Dioclétien arme les père et mère du droit de faire révoquer, en cas d'ingratitude, les donations qu'ils ont faites à leurs enfants, et peut-être faut-il faire remonter également jusqu'à lui les lois qui appliquent à l'émancipation la même règle[8].

Si nous considérons le régime des biens, le père est traité de plus en plus comme unique propriétaire : « Celui qui est

[1] Code Just., 5, 4, 11.

[2] PAUL, *Sent.*, 5, 24.

[3] Rendu sous Auguste; complété par Claude ou Marc Aurèle (Cf. ACCARIAS, n° 349, t. I, p. 937, n. 4).

[4] PAUL, *Sent.*, 3, 5, § 9, et s.

[5] TACITE, *Ann.*. XI, 13; — Cf. ACCARIAS, n° 591.

[6] SUÉTONE, *Vesp.*, 15; — Cf. ACCARIAS, n° 591, p. 419, note 1 et texte.

[7] Dig., 37, 15, 1, § 2 et 3. ULPIEN.

[8] C. Th., VIII, 13, 2 et VIII, 14, 1. Les *leges* dont parle ce dernier texte, relatif à l'émancipation, ne sont évidemment ni la *lex regia*, ni la loi des XII Tables (Cf. GODEFROY, *ad. h. leg.*, t. II, p. 629 et ci-dessus, p. 48, n. 2). Il s'agit probablement de constitutions impériales rendues soit par Dioclétien soit par Constance, qui, tous deux, ont ordonné et réglé la révocation des donations pour ingratitude (Cf. ci-après, ch. IV, I, 3 in fine). Il paraît impossible de faire remonter plus haut que Dioclétien la révocation pour ingratitude.

en notre puissance ne peut rien avoir à lui », dit Gaïus[1]. « Le *filiusfamilias* ne peut tester ; il n'a rien à lui », répète Ulpien[2]. Mais cela s'entend du patrimoine familial d'autrefois, car le fils peut désormais avoir des biens à lui, les administrer à sa guise, en disposer, comme dit Ulpien, *vice patrumfamiliarum*[3] : c'est le pécule *castrense*. Peut-être ce privilège fut-il accordé provisoirement par César à ses soldats, concédé définitivement et à toutes les armées par Auguste, confirmé par Titus, Domitien, Nerva et Trajan[4]. A coup sûr, il remonte aux premiers temps de l'empire. A l'époque d'Hadrien, il paraît déjà ancien, et ce prince ne fait que résoudre à son sujet quelques difficultés pratiques[5], ou étendre aux vétérans le droit de tester *de peculio castrensi*, réservé jusqu'alors aux soldats encore sous les armes[6]. La solde et le butin furent tout d'abord, sans nul doute, les seuls *bona castrensia* ; plus tard, on comprit sous cette dénomination tout ce que le fils de famille acquérait au service ou recevait en considération de sa qualité de soldat.

Entre ce pécule privilégié, auquel il ne manque, pour constituer un véritable patrimoine, que d'être transmissible *ab intestat*, et le pécule profectice que le père concède, augmente, diminue ou retire quand il lui plaît, il faut placer la dot de la fille. A la dissolution du mariage pour lequel elle a été fournie, le père ne peut pas en poursuivre seul la restitution. Il faut que sa fille y consente ou, du moins, ne s'y oppose pas[7]. La dot forme de la sorte pour celle-ci un pécule, moins avan-

1 GAÏUS, *Inst.*, 2, 87.
2 ULPIEN, *Reg.*, 20, 10.
3 Dig., 14, 6, 2.
4 Just., *Inst.*, 2, 12 pr. ; — Dig., 29, 1, 1 pr. ULPIEN. Le texte de Justinien est formel ; mais il y a un doute parce que celui d'Ulpien, conçu en termes semblables, n'a trait qu'à la forme du testament militaire (Cf. ACCARIAS, n° 297, t. I, p. 768, 769 texte et note 1).
5 Dig., 49, 17, 13.
6 Inst. Just., 2, 12 pr ; — ULPIEN (*Reg.*, 20, 10) attribue à Marc Aurèle la concession aux militaires du droit de tester *de peculio castrensi* ; mais le texte des Institutes est si net, si affirmatif, que l'on peut se demander si le nom de Marcus placé à côté de celui d'Augustus dans le texte d'Ulpien, n'est pas une interpolation.
7 Dig., 24, 3, 2, § 1 et 2. ULPIEN. Adde : *ibid.*, lois 3 (PAUL) et 4 (POMPONIUS) et Dig., 46, 3, 34, § 6. JULIEN.

tageux, sans doute, que le pécule militaire du fils, mais soustrait à l'arbitraire paternel, et ainsi plus favorisé qu'un simple pécule profectice.

Quant aux biens paternels, les enfants sont sans droit sur eux. L'érudition des jurisconsultes est seule à se rappeler encore l'antique notion de la copropriété familiale; mais la loi veille à ce que les pères ne puissent pas dépouiller complètement leurs héritiers. Au troisième siècle, elle semble devenue très exigeante en matière d'exhérédation. Un mariage tout à fait déshonorant[1], une profession décriée[2], une inconduite scandaleuse[3], tels sont les exemples que les textes nous fournissent des motifs qui pouvaient, à cette époque, autoriser un père à déshériter ses enfants : encore fallait-il qu'il fût lui-même honorable[4]. En dehors de ces cas graves, il doit laisser à ses enfants au moins le quart de ses biens : c'est à ce taux, que, dès le commencement du second siècle[5], est fixé le minimum de ce que doit avoir recueilli l'enfant pour n'être pas reçu à exercer la *querela inofficiosi testamenti.* Contre les donations excessives, Alexandre Sévère ouvre aux enfants la *querela inofficiosæ donationis*[6], et Dioclétien la *restitutio in integrum*[7]. Ainsi est restreint le droit paternel de disposition. J'ai dit comment le père pouvait être, par contre, obligé de doter ses enfants, et comment, dès la fin de la République, les consuls étaient intervenus pour sanctionner l'obligation alimentaire réciproque entre les membres de la famille. A plusieurs reprises au deuxième siècle, la loi intervient de nouveau en ces matières[8], même en faveur de l'enfant naturel[9]. Enfin Hadrien, dans un rescrit adressé précisément

[1] Dig., 27, 4, 3, § 5. Ulpien.
[2] Code Just., 3, 28, 11; Alexandre Sévère, a° 225.
[3] Code Just., 3, 28, 19; Dioclétien, a° 293.
[4] Code Just., 3, 28, 11.
[5] Cf. Albert, p. 326, 327.
[6] Dig., 31, 87, § 3.
[7] Code Just., 3, 39, 4, anno 286.
[8] Code Just., 5, 25, en entier. *Divi Hadriani Sent.*. § 4 et 14, dans Hænel (*Böcking*), t. I, *pars prior*, p. 203, 211; — Addo : Code Just., V, 12, 14. Dioclétien, a° 293. Selon cette loi, la mère peut être forcée à doter sa fille, mais seulement *ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa.*
[9] Code Just., 5, 25, 3. Antonin et Marc Aurèle, a° 164.

à l'un de ses lieutenants en Gaule, déclare que l'on peut aussi contraindre le père à cautionner son fils, désigné pour une tutelle[1].

De toutes parts, l'indépendance et l'omnipotence de l'autorité paternelle sont battues en brèche. Sa perpétuité, moins profondément atteinte, ne reste pourtant pas intacte. Nous avons vu l'émancipation cesser d'être une peine pour devenir un bienfait : elle revêt de plus en plus ce caractère. Paul décide que, si le fils n'y trouve pas son avantage, il pourra la refuser. « On ne peut pas, dit-il, contraindre le fils de famille à se laisser émanciper malgré lui »[2]. Le père, au contraire, peut être contraint à émanciper son fils, s'il le maltraite : nous en avons déjà rencontré un exemple dans une décision de Trajan[3]. Un siècle plus tard, sa seule négligence à exercer l'autorité paternelle peut entraîner une sorte d'émancipation tacite, et lui faire perdre, qu'il s'agisse d'un fils ou d'une fille, les droits et privilèges liés à la possession de la *patria potestas*[4].

Enfin, ces droits et privilèges ne sont plus exclusivement réservés au *paterfamilias*. Le fils en puissance qui a lui-même une fille mariée peut exercer sur elle le droit de vie et de mort dans les mêmes conditions que le *pater*. « La lettre de la loi lui interdirait peut-être de la tuer, dit Paul ; néanmoins on doit le lui permettre[5] ». Le droit de nommer à l'enfant un tuteur ou curateur testamentaire est aussi reconnu au père qui n'a pas la *potestas* et à la mère[6] ; et le préteur ou proconsul appelé à confirmer la nomination, la confirme sans enquête s'il s'agit du testament du père[7]. Un premier pas est fait, d'autre part, vers la reconnaissance de l'autorité maternelle par la possibilité offerte à la mère d'obtenir du prince la tutelle de ses enfants[8]. En dehors même de cette hypothèse, nous

[1] Dig., 27, 1, 15, § 17.
[2] PAUL, *Sent.*, 2, 25, 5.
[3] Cf. ci-dessus, p. 58 note 2 et texte.
[4] Dig., 1, 7, 25. ULPIEN ; — Code Just., 4, 47, 1. MARC AURÈLE et VÉRUS.
[5] PAUL, *Sent.*, 16, 2 ; — Cf. *Coll. leg. Mos.*, 4, 12, § 2, édit. BLUME, dans HÆNEL
[6] Dig., 26, 3, 1, § 1. MODESTIN ; — *Ibid.*, 2. NERATIUS ; — Code Just., 5, 38, 4 et 39, 1. ALEXANDRE SÉVÈRE, anno 225.
[7] Dig., 26, 3, 1, § 2, MODESTIN.
[8] Dig., 26, 1, 18. NERATIUS.

voyons parfois la mère agir en justice dans l'intérêt de son enfant : ici, elle réclame au tribunal d'Hadrien le congiaire de son fils dont un usurpateur prétend s'emparer à titre de père; là, elle se plaint d'un curateur négligent ou infidèle ; dans l'un et l'autre cas, l'empereur lui donne gain de cause[1].

Que reste-t-il donc de l'antique *patria potestas* au moment où le christianisme triomphant va mettre la dernière main à l'œuvre de transformation que je viens de décrire et à laquelle son influence sur les idées et sur les mœurs a déjà contribué pour une large part? En principe, tout; dans l'application, peu de chose. L'édifice familial n'a subi extérieurement que quelques retouches; mais l'aménagement intérieur a été remanié de fond en comble. De loin, il est à peu près le même ; c'est le palais d'un roi et d'un roi qui semble plus absolu que jadis, puisqu'il gouverne seul et qu'il est considéré, presque à tous égards, comme le seul propriétaire de son royaume. De près, il est méconnaissable ; c'est la demeure d'un simple citoyen, sans couronne, ni sceptre, ni tribunal ; maître, il est vrai, de son domaine et dans son domaine, mais qui peut toujours être appelé à rendre des comptes devant le juge et se voir contraint ou entravé par lui dans l'exercice d'un pouvoir jalousement limité par la loi qui le consacre.

Cette forme nouvelle de la *patria potestas* est celle que reçurent les Gallo-Romains. On sait, en effet, avec quelle ardeur et quel succès ils se livrèrent à l'étude du droit de Rome, et quelle influence les jurisconsultes classiques, surtout Gaïus, Paul et Ulpien, exercèrent chez eux sur l'enseignement des écoles et la pratique des tribunaux[2]. C'est donc leur organisation familiale que je viens de résumer : organisation assurément moins différente de la puissance paternelle française, même actuelle, que de la *patria potestas* des premiers temps de la République. Nous verrons bientôt quelles modifications y apportèrent les empereurs chrétiens et les lois ecclésiastiques. Mais comme l'action du christianisme et de l'Eglise,

[1] *Divi Hadriani Sent.*, § 11, 12, édit. Böcking, dans Hænel, t. I, *p. prior.*, p. 208, 209.

[2] Cf. Tardif, *Origines romaines*, p. 10-12. Je lui emprunte quelques expressions.

pendant la période historique à l'entrée de laquelle nous sommes parvenus, ne s'exerce pas seulement sur le droit gallo-romain, mais encore, au fur et à mesure des invasions, sur le droit germanique, nous jetterons d'abord un regard sur celui-ci.

CHAPITRE III

L'AUTORITÉ PATERNELLE CHEZ LES GERMAINS AVANT LES INVASIONS

Il ne nous est pas beaucoup plus aisé de connaître les Germains de la Germanie que les Celtes de la Gaule : la situation de l'historien est, pour l'une et l'autre étude, à peu prés la même. Pour les Celtes nous avions César : encore son témoignage ne pouvait-il être accepté sans quelques réserves. Pour les Germains nous retrouvons ce témoignage, sujet à bien plus de réserves encore. César ne fit que deux courtes incursions en Germanie[1]. Il ne vit guère les Germains que sur les champs de bataille ou dans son propre camp, c'est-à-dire dans des lieux et des circonstances qui ne lui permirent pas de se rendre un compte exact de leurs mœurs, ni surtout de leur organisation familiale.

A côté de César, nous avons, il est vrai, Tacite, dont l'exactitude est, en général, incontestable. Il a étudié avec tant de soin ce dont il parle, il a puisé ses renseignements à des sources si bien choisies, qu'il semble avoir vu la Germanie[2]. Mais s'il l'a vue, c'est avec les yeux d'un Romain, et d'un Romain du deuxième siécle[3]. Le sens de bien des coutumes lui échappe. Les Germains sont un peu pour lui, ce que les hommes à l'état de nature furent pour Jean Jacques Rousseau. Il décrit à ses contemporains l'état social de ces barbares un peu comme

[1] La première en 54, avant Jésus-Christ, dura 18 jours (*De bello gallico*, IV, 19). La seconde, en 53, fut sans doute encore plus courte (*De bello gallico*, VI, 10, 29).

[2] Peut-être résida-t-il sur les frontières rhénanes pendant les 4 ans qu'il passa hors de Rome, de 90 à 94. On croit que son père avait été procurateur de la Gaule Belgique. Chacun sait, d'ailleurs, le prix que Tacite attachait aux renseignements fournis par des témoins oculaires, et le soin qu'il mettait à se les procurer.

[3] TACITE publia sa *Germanie* en 98.

on décrivait aux Français du XVIIIe siècle les républiques de l'antiquité. Je fais, certes, une différence entre l'esprit sagace et profond du grand historien de Rome, et l'esprit léger, superficiel et sans critique des utopistes du siècle dernier. Mais il est incontestable que le dégoût de Tacite pour les tyrannies et les corruptions de son époque, et le but moral qu'il se proposait en écrivant, ont influé sur ses conceptions, ses appréciations et son langage[1]. Quelle est exactement, dans son œuvre, la part des illusions, des exagérations et des préjugés? Il est impossible de le dire; mais cette part existe et l'on doit en tenir compte.

Nous possédons, d'autre part, de nombreux textes de lois germaniques ; mais ces lois, bien qu'elles consacrent certainement en bien des points de très anciennes coutumes, n'en ont pas moins été rédigées après les invasions, à cause d'elles, en vue du nouvel état social qui en résultait. Nous y chercherons, plus tard, des renseignements sur la famille à l'époque franque: elles ne peuvent, pour les temps plus anciens, que nous aider à lire et à interpréter Tacite. Il en est de même des lois scandinaves, postérieures d'un millier d'années à l'époque qui nous intéresse, et des coutumes actuelles des peuplades aryennes chez lesquelles nous avons la bonne fortune de pouvoir étudier encore en tous ses détails un état social manifestement très semblable à l'état primitif des Germains. Que l'on utilise leurs données à titre comparatif et explicatif, comme dérivées de la même source que le droit germanique proprement dit, rien de mieux; mais l'on n'en doit user qu'avec circonspection. Une similitude peut en faire soupçonner une autre ; elle ne la prouve pas. Si générale qu'une règle apparaisse par l'étude comparative des institutions, elle demeure, cette étude même le montre, susceptible d'exceptions plus ou moins nombreuses. Les inductions que l'on peut tirer de sa généralité ne donnent que des résultats plus ou moins probables, jamais absolument certains.

[1] Cette influence est particulièrement sensible dans les chapitres XVIII, XIX; elle paraît ailleurs, çà et là, dans une phrase, dans un mot, qui révèle l'arrière pensée de l'écrivain (Voyez notamment dans les chap. XX, XXII à XXVII).

C'est sous le bénéfice de ces réserves et avec Tacite pour guide que j'étudierai dans ce chapitre le gouvernement familial germanique antérieur aux invasions : étude d'une importance extrême pour l'histoire de l'autorité paternelle en France, et sans laquelle, je ne crains pas de le dire, cette histoire ne pourrait être ni bien comprise ni même complètement connue.

I

Domaine de l'autorité paternelle germanique.

Il ne paraît pas y avoir entre les Germains de César et ceux de Tacite, quoiqu'on en ait dit, de différences très profondes[1]. C'est le même état social : des tribus isolées, sans autre lien entre elles que l'unité d'origine et de langage, ou les alliances formées pour la guerre ; à l'intérieur de la tribu, des clans soumis à des chefs électifs qui rendent la justice[2] et répartis-

[1] Je suis loin de nier, d'ailleurs, qu'il y en ait de notables. La plus remarquable me paraît être l'existence chez les Germains de Tacite, de prêtres de la tribu ou du clan, distincts des rois et des chefs, et formant un corps sacerdotal dont la puissance devient considérable lorsque la tribu s'assemble pour la guerre (TACITE, *Germanie*, 7, 10). Rien de tel n'existe au temps de César, et l'on en peut conclure que l'autorité religieuse, politique et militaire était alors concentrée aux mains des chefs du clan, comme elle l'est encore plus tard, dans la famille, aux mains du père (CÉSAR, *De bello gallico*, VI, 21, 23). Une autre différence considérable est l'existence, au temps de Tacite, de la royauté dans certaines tribus.

[2] CÉSAR, *De bello gallico*, VI, 23 : « *In pace nullus communis est magistratus ; sed principes regionum, atque pagorum inter suos jus dicunt controversiasque minuunt* » ; — TACITE, *Germ.*, 12 : « *Eliguntur in iisdem conciliis, et principes qui jura per pagos vicosque reddant.* » A l'époque de Tacite, quelques tribus se sont donné des rois, également électifs (*Germ.*, 7, 25). Tacite désigne les tribus sous le nom de *nationes*, *gentes*, *populi* (*Germ.*, 16, 27, 28) ; il appelle les clans, *civitates*, *gentes*, *vici* ou *pagi* (*Germ.*, 10, 12, 13, 15, 25, 26) ; les chefs des clans, *principes* (*Germ.*, 11, 12, 15) ; les chefs de guerre *duces* ou *principes* (*Germ.*, 7-14) ; les familles et les parentèles, *domus*, *familiæ*, *propinquitates* (*Germ.*, 7, 21, 25) ; le territoire ou le groupe des habitations du clan *civitas*, *pagus* ou *vicus* (*Germ.*, 16, 26). En somme, sa terminologie est assez peu fixe. Nous trouvons également dans CÉSAR (*De bello gallico*), les chefs de guerre qu'il appelle *duces* ou *magistratus* (VI, 23) ; les clans qu'il nomme *civitates*, *pagi*, *vici* (VI, 33 ; IV, 1, 3 ; I, 37) ; les chefs de clan qu'il appelle *magistratus* et peut-être *principes* (VI, 22, 23) ; les familles et les parentèles, *gentes*, *cognationes*, *propinqui* (I, 44 ; VI, 22) ; les maisons et les terres du clan, *pagi*, *domus*, *civitates* (I, 44 ; IV, 1, 7, 14 ; VI, 23) ; la tribu, *gens*, *civitas* (IV, 1, 3) ; Arioviste porte même le titre de roi (I, 31), mais il semble que c'est en vertu

sent annuellement entre les familles la terre cultivable : car la propriété immobilière, fixe, individuelle et perpétuelle est inconnue ; les champs appartiennent collectivement à la tribu et à ses clans, tant qu'ils les occupent; la maison, collectivement à la famille, tant qu'elle y demeure[1]. Le clan n'est lui-même qu'un groupe de familles, une association de gens unis par la parenté, réelle ou fictive, qui est la base de toute l'organisation civile et militaire[2]. La vie de ces barbares est par goût et par nécessité, rude et frugale. Dès l'enfance, ils s'exercent à ce que est dur et fatiguant[3]. La guerre, qu'ils font par bandes recrutées dans les clans et conduite par des chefs électifs, est leur occupation principale[4]. Ils sont sans cesse en lutte les uns contre les autres et c'est à ce fait, plutôt qu'à un véritable état nomade, qu'il faut attribuer l'instabilité des tribus, sans cesse chassées par la crainte ou la défaite du territoire sur lequel

d'une concession des Romains (Sur l'organisation judiciaire et le régime de propriété des Germains, Cf. Fustel de Coulanges, *Recherches*, p. 189 et s.; 361 et s.; — Viollet, *Droit public*, I, p. 309, texte et notes 1 et 2; *Droit privé*, p. 555, 556 et les indications bibliographiques données par ce savant dans l'un et l'autre de ces deux ouvrages).

[1] César, *De bello gallico*, VI, 22 : « *Neque quisquam agri modum certum, aut fines proprios habet, sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui unà coierunt, quantum et quo loco visum est agri attribuunt, atque anno post alio transire cogunt* ». — Cf. *ibid.*, IV, 1; — Tacite, *Germ.*, 26 : « *Agri pro numero cultorum ab universis in vices occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur... arva per annos mutant et superest ager;* » — Tacite, *Ann.*, XIII, 55 : « *Chamavorum quondam ea arva, mox Tabantum, et post Usipiorum fuisse. Sicut cœlum diis, ita terras generi mortalium datas : quæque vacuæ, eas publicas esse* ». Dans cette phrase, *publicas* a le sens de *res nullius*. Pour la maison voir ci-après, p. 75 et s.

[2] César, *De bello gallico*, VI, 22 : « *Gentibus, cognationibusque hominum* »; — Tacite, *Germ.*, 7 : « *Non casus, nec fortuita conglobatio turmam aut cuneum facit, sed familiæ et propinquitates* ».

[3] César, *De bello gallico*, VI, 21 : « *Ab parvulis labori ac duritiæ student* » (Cf. Tacite, *Germ.*, 20, 24).

[4] César, *De bello gallico*, VI, 21 : « *Vita omnis in venationibus atque in studiis rei militaris consistit* »; — Cf. Tacite, *Germ.*, 13, 14, 24; — Tacite, *Germ.*, 7 : « *Duces ex virtute sumunt* »; César, *De bello gallico*, VI, 23 : « *Cum bellum civitas aut illatum defendit aut infert, magistratus qui ei in bello præsint... deliguntur* » (Voyez la fin du même chapitre, et le chap. I, 44) ; — Arioviste, qui, dans ce dernier texte, mentionne les clans et les maisons de sa tribu, fait ressortir ailleurs (I, 36) la valeur militaire de la bande guerrière qu'il commande, et qui, dit-il, n'a pas logé sous un toit depuis 14 ans. On voit là très bien, dès le temps de César, la distinction de la tribu sédentaire, et de la bande guerrière qui en sort sous la conduite d'un chef spécial (Cf. *De bello gallico*, IV, 1).

elles se sont fixées[1]. Pendant la paix, ils vivent du produit de leur chasse, de leurs troupeaux, des quelques champs qu'ils ensemencent[2]. Chaque année, plus souvent, si c'est nécessaire, ils s'assemblent pour la distribution des terres, l'élection des chefs, les affaires du clan et de la tribu[3].

César, ne parlant des Germains qu'incidemment, à propos de quelques épisodes de ses récits, se contente de ces traits généraux. Ils suffisent à nous donner une idée très nette du milieu dans lequel vit la famille germanique et de la place considérable qu'elle y occupe. Les détails ajoutés par Tacite vont nous permettre de pénétrer plus avant dans le secret de son organisation.

Il est évident, et personne ne le conteste, que nous nous trouvons cette fois encore en présence de la famille patriarcale. On a bien prétendu découvrir çà et là les traces d'un matriarcat antérieur : mais cette prétention semble assez peu justifiée. Je n'ai pas à la discuter ici d'une manière complète[4]; il me suffira de relever deux des principaux arguments dont on l'appuie. Le premier est tiré d'un texte de Tacite. « Le fils d'une sœur,

[1] César, *De bello gallico*, IV, 7 : « *Venisse invitos, ejectos domo... sese unis Suevis concedere;* » — Cf. *ibid.*, IV, 3, 16, 18; — Tacite, *Germ.*, 33; — Tacite, *Ann.*, XIII, 55, ci-dessus, 70, n. 1; — César, *De bello gallico*, IV, 1, 4. Ils étaient aussi attirés vers la Gaule par la beauté du pays et la douceur du climat : César, *De bello gallico*, I, 31; — Tacite, *Hist.*, IV, 73.

[2] César, VI, 21 : « *Vita omnis in venationibus consistit* »; — *Ibid.*, VI, 22 : « *Agriculturæ non student, majorque pars victus eorum lacte, caseo et carne consistit* ». *Non student* n'indique pas l'absence d'agriculture, mais seulement une agriculture peu développée, peu soignée. — *Ibid.*, IV, 1 : « *Neque multum frumento, sed maximam partem lacte ac pecore vivunt;* — Tacite, *Germ.*, 20, 23 : « *Potui humor ex hordeo aut frumento... Cibi simplices : agrestia poma, recens fera, aut lac concretum* »; — *Ibid.*, 26 : « *Sola terræ seges imperatur* ».

[3] César, *De bello gallico*, VI, 22 : « *Magistratus ac principes, in annos singulos, gentibus cognationibusque hominum, qui unà coierunt. quantum et quo loco visum est agri attribuunt* ». C'est dans le sens d'assemblée, et non dans le sens d'association, qu'il faut entendre, semble-t-il, les mots *qui unà coierunt*; (Cf. Tacite, *Germ.*, 11, ci-après); — *De bello gallico*, VI, 23 : « *Ubi quis ex principibus in concilio dixit se ducem fore, ut qui sequi velint profiteantur, consurgunt ei qui... probant... atque ab multitudine collaudantur* »; — Tacite, *Germ.*, 11 : « *Coeunt nisi quid fortuitum et subitum inciderit, certis diebus* » ; — *Ibid.*, 12 : « *Eliguntur in iisdem conciliis et principes, qui jura per pagos vicosque reddant;* » et ces deux chapitres, 11 et 12, en entier.

[4] Pour cette discussion voir notamment : Starcke, p. 101 à 111. C'est d'ailleurs un des adversaires de la théorie patriarcale en général.

dit l'historien, trouve la même affection près de son oncle que près de son père. D'aucuns même tiennent cette parenté pour plus sacrée et plus étroite ; et, lorsqu'ils reçoivent des otages, ils réclament de préférence les neveux comme tenant au cœur par des liens plus forts, à la famille par plus de liens »[1]. Il est vraiment surprenant que l'on ait cru trouver dans ce passage une autorité quelconque de l'oncle maternel[2]. Il n'y est question que d'une affection spéciale. Est-ce une trace de matriarcat ? Pas le moins du monde ; car, comme le fait judicieusement remarquer Starcke « quelle que soit la force des sentiments qui attirent l'enfant vers la famille de sa mère, cette famille n'en est pas moins celle du père de sa mère » [3].

Le second argument se fonde sur un texte de la loi salique qui semble appeler, à la succession du fils mort sans descendants, d'abord la mère, à l'exclusion du père, puis les frères et sœurs, puis la tante maternelle[4]. Or, d'une part, il est fort probable que ce texte n'a pas le sens qu'il paraît avoir[5] ; et, d'autre part, on se sent porté à ne pas attacher grande importance à la lettre de la loi lorsque l'on considère le fait suivant. Il y a dans la loi salique, immédiatement avant le chapitre en question, un autre chapitre qui concerne de tout aussi près l'organisation familiale, puisqu'il traite d'une formalité symbolique par laquelle s'affirme solennellement la solidarité qui rend les membres de la famille responsables les uns des autres[6]. L'ordre de dévolution de cette responsabilité, dont les conséquences sont redoutables, est à peu près le même, d'après le

[1] TACITE, *Germ.*, 20 : « *Sororum filiis idem apud avunculum qui apud patrem honor. Quidam sanctiorem arctioremque hunc nexum sanguinis arbitrantur, et in accipiendis obsidibus magis exigunt, tanquam ii et animum firmius et domum latius teneant* ».

[2] Il pourrait y avoir doute si le mot *honor* désignait, dans le texte ci-dessus le sentiment du neveu pour l'oncle ; mais il désigne au contraire le sentiment que l'oncle éprouve pour son neveu, le père pour son fils.

[3] STARCKE, p. 111; Cf. p. 110; — M. GLASSON (*Hist. des inst. de la France*, t. II, p. 42-46), adopte l'opinion qui voit dans le texte de Tacite l'autorité de l'oncle maternel, et dans cette autorité, une trace de matriarcat. Tel est aussi l'avis de M. FLACH, (*Origines de l'ancienne France*, t. I, p. 61, n. 4) et de P. GIDE, p. 201 ; Cf. ci après, p. 89, 94, 95.

[4] SAL., 59, premier texte de PARDESSUS : Cf. *lex emend*, 62, dans PARDESSUS, p. 318.

[5] Cf. STARCKE, p. 106, 107.

[6] Cf. ci-dessous, p. 74.

texte le plus récent de la loi, que celui des successions : le père et la mère, puis les frères et sœurs, puis la tante maternelle, puis les parents maternels plus éloignés, et enfin les parents paternels. Or, en se reportant au texte de la loi le plus ancien[1], on remarque tout aussitôt que ni la mère, ni la tante maternelle n'y sont mentionnées, et que les parents maternels et paternels y sont placés sur la même ligne immédiatement après le père et les frères. Si l'on raisonnait sur ces deux textes comme sur ceux qui concernent les successions, les traces de matriarcat seraient donc, en ce point du droit salique, beaucoup plus sensibles dans le plus récent que dans l'autre. Qu'est-ce à dire, sinon que la rédaction des lois barbares est extrêmement imparfaite ; que, à vouloir trop presser leur texte, on s'expose à toutes les erreurs ; et que nous sommes pleinement en droit de dénier toute valeur aux arguments tirés de ce texte tout seul en faveur du matriarcat ? Il n'y a pas d'apparence que les Germains aient jamais connu cette forme d'organisation familiale. En tout cas, depuis très longtemps, à l'époque même qui nous occupe, ils ne connaissent que la famille paternelle[2]. Elle est tout chez eux, nous venons de le voir.

Le clan n'est qu'un groupe de familles unies entre elles par la parenté. C'est par familles que l'on s'assemble et, probablement, que l'on se prononce, lorsqu'il y a lieu de choisir un chef[3]. C'est aux familles qu'appartiennent les terres et par familles qu'elles se partagent[4]. C'est par familles que l'on se range

[1] SAL. 1er texte, 58; *emend.* 61.

[2] Je ne parle ici, sous le nom de famille, que de la société familiale groupée sous l'autorité du père (*domus*, *Haus*, *Familie*). Il serait hors du cadre de cette étude de parler des parents qui restent en dehors de cette autorité tout en faisant partie de la famille (*familia*, *parentela*, *Sippe*) : tels sont les parents par les femmes.

[3] Cf. ci-dessus, p. 69, n. 2.

[4] Cf. ci-dessus, p. 70, n. 1 et 2; et 71, n. 3. D'après M. FLACH (*Origines de l'Ancienne France*, t. II, p. 44), ceci ne serait tout à fait exact que pour l'époque de Tacite. Au temps de César, le partage aurait lieu chaque année non seulement à l'intérieur du clan, entre les familles, mais encore à l'intérieur de la tribu entre les clans, ce qui entraînerait un déplacement annuel des demeures, un état nomade. Les remarques de droit comparé qui semblent avoir influé sur l'opinion de M. FLACH (*Ibidem*, p. 43, texte et note 3; p. 44, n. 1 et 5; 46, n. 1) sont fort intéressantes; mais, pour qu'elles portent, il faut qu'elles trouvent un appui dans le texte de César. Il semble leur manquer.

autour du chef de guerre pour les émigrations, les expéditions et les batailles[1].

Une étroite solidarité unit les membres de la famille : les affections, les haines, les vengeances, les responsabilités de chacun sont celles de tous. « C'est une nécessité, dit Tacite, de faire siennes les inimitiés de son père ou d'un autre proche aussi bien que ses amitiés ; inimitiés, d'ailleurs, qui ne demeurent pas implacables. On rachète, en effet, même l'homicide en donnant un nombre déterminé de bœufs et de moutons, et cette satisfaction est reçue par la famille tout entière[2] ». La composition est-elle due, au contraire, par un membre de la famille ? Il pourra, s'il ne peut payer, se décharger de son obligation sur les autres en accomplissant la formalité symbolique dont j'ai parlé, et que la loi salique nous fait connaître sous le nom de *chrenecruda*.

La solidarité familiale peut donc aller jusqu'à ruiner la famille même. De fait, la *chrenecruda* fut abolie par Childebert non seulement comme entachée de paganisme, mais encore, et surtout, comme ayant réduit à la misère de puissantes maisons[3].

Quel est le lien qui tient si fortement et si étroitement unis en un seul faisceau des hommes que tous les témoignages nous représentent comme épris d'indépendance, indomptables dans leur fierté, impatients de toute contrainte ? Nul doute : c'est la religion. Le père n'est pas seulement le chef de la famille, il en est le prêtre. Tacite nous le montre « priant les dieux, le regard au ciel, » au moment de prendre les auspices pour les affaires domestiques, comme fait, pour les affaires publiques, le prêtre de la tribu[4]. La nature de cette religion

[1] Cf. ci-dessus, p. 70, n. 2.

[2] TACITE, *Germ.*, 21 : « *Suscipere tam inimicitias seu patris, seu propinqui quam amicitias necesse est ; nec implacabiles durant. Luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero ; recepitque satisfactionem universa domus* ».

[3] *Décret. Childeb.*, (a° 596) ; ap. BALUZE, I, p. 20, c. 15. Je dois cependant faire observer que Boretius n'a pas reproduit ce chapitre du décret (BORETIUS, n° 7, p. 15). Ce serait d'ailleurs un tort de croire que tous les cas d'insolvabilité permissent à l'insolvable de jeter la *chrenecruda* : la loi salique vise exclusivement le cas où la dette a pour cause un meurtre.

[4] TACITE, *Germ.*, 10 : « *Mox si publice consulatur, sacerdos civitatis, sin privatim ipse paterfamiliæ, precatus deos cœlumque suspiciens, ter singulos tollit* ». Il s'agit des bâtons divinatoires.

n'est pas moins certaine : c'est le culte des ancêtres. Il en reste des traces jusqu'à une époque avancée.

Nous possédons une liste des superstitions païennes encore usitées au VIIIe siècle en divers endroits. Que cette liste, attribuée jusqu'ici au concile de Leptines, mais regardée aujourd'hui comme une œuvre purement privée, soit néanmoins digne de foi, l'on n'en saurait douter; car les capitulaires promulgués en 742 et 743 par Carloman la confirment[1]. Or, ce document renferme plusieurs articles qui se rapportent au culte des ancêtres. Ils proscrivent « les sacrilèges qui se commettent près des sépulcres, les repas funèbres faits sur la tombe » par la famille ou peut-être l'usage encore en vigueur aujourd'hui chez plusieurs peuples, notamment chez les Ossètes du Caucase, quoique chrétiens ou musulmans, de porter à boire et à manger aux morts[2]. Ils interdisent également une cérémonie dont le rite principal consistait à faire du feu en frottant l'un contre l'autre deux morceaux de bois sec. Cette superstition est peut-être chez les Francs un reste de l'ancienne coutume, générale chez les Aryens, d'entretenir et de renouveler de temps à autre le feu sacré qui devait brûler perpétuellement, en l'honneur des dieux Mânes, au foyer domestique qui couvrait leur tombeau. D'autres articles du même document visent d'ailleurs « les superstitions païennes relatives au foyer des maisons, les sillons tracés autour des domaines, l'usage où l'on est de considérer tous les morts comme autant de saints, et de leur offrir des sacrifices ». Rien n'y manque : voilà bien toute la religion familiale[3].

[1] *Indiculus superstitionum* (BORETIUS, n° 108, p. 222; — BALUZE, I, p. 150); — *Karlmanni cap.*, a°, 742, c. 5; — *Cap. liptin*, c. 4, a° 743; (BORETIUS, n°s 10 et 11. p. 25, 28).

[2] DARESTE, *Études d'histoire du droit*, p. 137.

[3] *Indiculus superstitionum :* « 1 : *de sacrilegio ad sepulcra mortuorum ;* — 2 : *de sacrilegio super defunctos, id est dadsisas* — 15 : *de igne fricato de ligno, id est nodfyr ;* — 17 : *de observatione pagana in foco vel inchoatione rei alicujus* (Cf. CÉSAR, *De bello gallico*, I, 50; et ci-après, p. 87, 88). — 23 : *de sulcis circas villas.* — 25 : *de eo quod sibi sanctos fingunt quoslibet mortuos* ». — DU CANGE donne au mot *dadsisas* le sens de repas funéraire (édit. FAVRE, v° *dadsisas*). GRIMM (cité *eod. loco*) celui d'incantations. « *Nodfyr* » est traduit par WACHTER (*Gloss., Germ.*, v° not. *in fine*), « *ignis averruncus* ». Ce mot désignerait alors une sorte de cérémonie propitiatoire et non le feu sacré. Il ne serait pas impossible, du reste, que cette cérémonie eût

La coutume du niyoga, qui autorisait le père sans enfants à se procurer une postérité en se faisant remplacer près de sa femme par un parent ou un voisin, dérive également en Germanie, comme le remarque Ozanam, du culte des ancêtres. Si elle s'était implantée parmi les Germains assez profondément pour se conserver « jusqu'au moyen-âge dans plusieurs cantons de l'Allemagne », « c'est que l'homme avait besoin d'un fils, quoiqu'il coûtât, pour continuer la famille, pour représenter, pour honorer, peut-être pour racheter les ancêtres »[1].

La maison familiale n'est pas autre chose qu'un temple. Tacite, oublieux des coutumes primitives de sa propre nation, s'étonne de la façon dont elle est construite. « Leurs villages, écrit-il, ne se composent pas comme les nôtres de maisons contiguës et collées l'une à l'autre. Chacun laisse un espace vide tout autour de sa maison, soit par précaution contre le feu,

lieu en l'honneur des ancêtres. On explique aussi le mot « *Nodfyr* » ou « *Nedfri* » (Du Cange, v° *Nedfri*) par « *ned* » qui veut dire « *nécessaire* » ou « *neod* » qui veut dire « *culte* »,et « *fyr* » qui veut dire « *feu* ». Ces deux explications permettraient presque d'affirmer ce que je suppose au texte, car le feu sacré domestique est plus que tout autre le feu nécessaire, le feu du culte. Il n'est pas inutile de remarquer que les tombes fossiles de l'époque quaternaire renferment les objets que les Germains enterraient avec leurs morts (Tacite, *Germ.*, 27), et sont souvent recouvertes de gisements qui présentent des restes de foyers et des débris de repas. On y a même retrouvé l'appareil qui servait à allumer le feu par le frottement. Or, l'époque quaternaire est caractérisée par la présence du renne dans le centre et l'ouest de l'Europe et précisément, César décrit cet animal comme habitant la forêt Hercynienne, avec l'élan et l'auroch (*De bello gallico*, VI, 26-28). A l'époque de Tacite, les plus sauvages tribus germaines se servent encore des flèches à pointe d'os que l'on trouve fréquemment dans les tombes quaternaires (Tacite, *Germ.*, 46). Quelques-unes de ces tombes, au moins, pourraient donc bien être germaniques. Les restes qui les surmontent donneraient alors, pour la Germanie, une preuve matérielle du culte des ancêtres comportant repas funéraires et entretien du feu sacré. Sur les repas funéraires, sur le feu sacré, et ses rapports avec le foyer, le tombeau, le culte et l'âme des ancêtres chez les Aryens, voyez Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 12, 15, 24, 28, 30 ; — Tacite parle en deux endroits des dieux pénates des Germains (*Ann.* II, 10 et XI, 16).

[1] Ozanam, *Études germ.*, t. I, p. 125 ; — Grimm, p. 443. Il est juste, toutefois, de faire observer que les Hébreux admettaient des coutumes analogues au *niyoga*, celle du *lévirat*, par exemple, et celles que nous font connaître les chapitres XVI (vers. 2) et XXX (vers. 1 à 13) de la Genèse. S'ils n'adoraient d'ailleurs pas leurs ancêtres, ces coutumes ne leur en étaient pas moins inspirées par des motifs religieux. La promesse messianique, l'espoir de compter quelque jour un Dieu dans leur postérité, étaient pour eux ce que le culte des morts et la croyance à la divinité des ancêtres étaient pour les autres peuples. Leur divinité familiale était dans l'avenir au lieu d'être dans le passé.

soit par ignorance de l'art de bâtir »[1]. Non, ce n'est ni précaution ni ignorance : c'est religion. On bâtissait ainsi dans la Grèce et dans Rome, pendant les premiers âges de leur antiquité, et c'était pour sauvegarder « l'enceinte sacrée des dieux domestiques », l'enceinte qui garantissait des regards profanes les mystères de leur culte et le foyer qui est leur autel[2]. Le même motif a poussé les Germains à isoler leurs demeures, et l'on peut, je crois, reconnaître le sanctuaire familial dans ce lieu que Tacite nous montre comme tranchant, par la teinte et l'éclat de l'enduit qui recouvre ses murailles, sur le reste de la construction, faite de matériaux grossiers, assemblés sans art[3]. Ce caractère sacré de la maison, ce mystère des rites domestiques, se retrouve dans l'Inde actuelle[4]. C'est de lui que vint, sans doute, « l'immunité complète dont jouissait le domicile teutonique, soustrait à tout ingérence externe », immunité qui trouva plus tard, en Angleterre, « son expression dans ce lieu commun de vieille date : la maison de l'Anglais est sa forteresse[5] ».

C'est de lui que procédaient les pénalités sévères portées contre la violation du domicile barbare, fût-elle minime ou excusable[6]. C'est à lui qu'il faut attribuer le respect des Germains pour l'hospitalité. C'était reconnaître et implorer la divinité familiale que de demander à être reçu dans la maison ; et c'était une sorte de fraternité qui s'établissait dès lors entre l'étranger et ses hôtes[7]. Nous voyons, d'autre part, dans la *chrenecruda*, le meurtrier insolvable jeter sur les siens avec la

[1] TACITE, *Germ.*, 16 : « *Vicos locant non, in nostrum morem, connexis et cohærentibus ædificiis ; suam quisque domum spatio circumdat, sive adversus casus ignis remedium ; sive inscritia ædificandi* ».

[2] FUSTEL DE COULANGES, *Cité antique*, p. 36, 65 ; — OZANAM, *Etudes Germ.*, t. I, p. 156, 158.

[3] TACITE, *Germ.*, 16 : « *Ne cæmentorum quidem apud illos aut tegularum usus : materia ad omnia utuntur informi et citra speciem aut delectationem. Quædam loca diligentius illinunt terra ita pura et splendente ut picturam ac lineamenta colorum imitetur* ».

[4] SUMNER-MAINE, *Études sur l'histoire du droit*, p. 151.

[5] « *An Englishman's house is his castle* » (SUMNER-MAINE, *ibid.*).

[6] V. les textes cités ci-après, 2e part., ch. V).

[7] CÉSAR, *De bello gallico*, VI, 23 : « *Hospites violare fas non putant. Qui quaque de causa ad eos venerint, ab injuria prohibent, sanctosque habent ; iis omnium domus patent, victusque communicatur* » (Cf. TACITE, *Germ.*, 21).

poussière du sol familial, la responsabilité à laquelle il ne peut faire face. Nous le voyons franchir ensuite la haie qui ferme l'enclos, pour indiquer qu'il n'a plus rien et n'est plus rien dans la famille. Qu'y avait-il, en ces symboles, qui pût en motiver la proscription pour cause de paganisme, si ce n'est l'idée même d'une consécration du sol et de l'enceinte à la divinité des ancêtres ? N'est-ce pas enfin cette même idée qui se montre dans les cérémonies, les libations, le festin religieux qui suivaient chez les Scandinaves, les funérailles des rois et des princes, et marquaient la prise de possession de leur trône par leur fils ?[1] Des rites semblables devaient marquer autrefois, à l'intérieur de la famille, la prise de possession du domaine patriarcal par l'héritier ; car les royaumes germaniques n'étaient ni considérés ni traités autrement que des héritages ordinaires[2].

La base de l'organisation familiale est donc la même en Germanie que dans l'Inde, en Grèce, à Rome, chez tous les Aryens. Le père est le prêtre des ancêtres en même temps que le roi de leur postérité. Il importait d'établir cette identité dans le caractère primordial de l'autorité paternelle. Voyons maintenant sur quelles personnes elle s'exerce.

Ce sont, en premier lieu, les femmes, placées, comme les enfants, sous le *mundium* du père de famille. Nous déterminerons tout à l'heure, d'une façon plus précise, le sens de cette expression ; pour le moment, il nous suffit de noter qu'elle représente une idée analogue à celle de la *manus* romaine, qui plaçait la femme au rang de fille, « *loco filiæ* », par rapport à son mari. C'est à tort, du reste, que l'on a voulu faire honneur aux Germains d'avoir pratiqué la monogamie[3],

[1] GRIMM, p. 481 ; — Cf. OZANAM, p. 129. Ozanam emploie d'ailleurs un terme évidemment tout-à-fait impropre lorsqu'il parle à ce propos d'adition d'hérédité. Il n'y a rien de tel dans ces solennités et l'on ne peut y voir qu'une intronisation, une sorte de sacre.

[2] Il en fut ainsi, en France même, au moins sous les Mérovingiens (Cf. VIOLLET, *Droit public*, t. I, p. 218).

[3] GRIMM, p. 440 : « *Vielweiberei widerstrebte der Reinheit deutscher Sitte* ». — SCHULTE, *Hist. du droit et des instit. de l'Allemagne*, trad. FOURNIER, 1882, p. 29 : « La monogamie, très honorée, régnait universellement » ; — KLIMRATH, *Travaux sur l'histoire du droit*, édit. WARNKŒNIG, t. I, p. 268. — KŒNIGSWARTER, p. 124 ; — GLASSON, *Institutions de la France*, t. II, p. 43.

dès l'époque qui nous occupe. Ils étaient certainement polygames : les termes même dont se sert Tacite, qui s'y est mépris le premier, le prouvent.

« Presque seuls entre les barbares, dit-il, ils se contentent chacun d'une femme, à l'exception d'un très petit nombre : et encore ce n'est pas incontinence de leur part, mais seulement que leur noblesse rend leur alliance très recherchée »[1]. Préoccupé d'opposer aux vices des Romains la chasteté des Germains[2], Tacite s'attache bien plus à la faire ressortir, même chez ceux qui sont polygames, qu'à chercher la véritable explication de cette polygamie. Pour nous, si l'alliance des nobles est recherchée successivement par tant de familles, c'est une preuve que la coutume germanique autorise la polygamie parmi les hommes, comme la tradition la reconnaît parmi les dieux. Seulement, pour avoir plusieurs femmes, il faut les nourrir, et tout le monde ne peut pas s'en donner le luxe[3]. Il en est encore aujourd'hui de la sorte chez les peuples qui pratiquent la polygamie[4]. Pour placer les Germains dans la même catégorie, il nous suffit de savoir que cette pratique ne constituait pas à leurs yeux un privilége de droit, réservé aux grands. Sa rareté parmi eux ne prouve pas qu'ils fussent monogames ; elle prouve seulement qu'ils étaient généralement pauvres. La dureté du climat, l'ingratitude d'un sol couvert de forêts et de marécages, l'aversion de la race pour les travaux qui assurent la subsistance, son penchant à ne vouloir vivre que d'un aléatoire butin[5], rendent amplement raison de cette pauvreté.

Au-dessous de la femme, ou des femmes, se trouvent les

[1] TACITE, *Germ.*, 18 : « *Prope soli barbarorum singulis uxoribus contenti sunt, exceptis admodum paucis qui non libidine, sed ob nobilitatem, plurimis nuptiis ambiuntur* » ; — CÉSAR, *De bello gallico*, I, 53 : « *Duæ fuerunt Ariovisti uxores* ».

[2] Cette chasteté, comparativement très grande, n'était pourtant que relative (Cf. OZANAM, *Etudes germ.*, t. I, p. 65 et 66, n. 1).

[3] En ce sens : OZANAM, *Et. germ.*, t. I, p. 38 ; — VALROGER, p. 174 ; — VIOLLET, *Droit privé*, p. 387 ; — STARCKE, p. 107.

[4] WESTERMARCK, p. 415, 416, 417.

[5] TACITE, *Germ.*, 14 : « *Nec arare terram aut expectare annum tam facile persuaseris, quam vocare hostes et vulnera mereri : pigrum quin immo et iners videtur sudore acquirere quod possis sanguine parare.* »

enfants. Nous examinerons bientôt s'il y a lieu de comprendre sous ce terme tous les descendants ou certains d'entre eux ou seulement les enfants mineurs. Au-dessous des enfants, il faut certainement placer les clients, qui s'attachent, en Germanie comme en Gaule, aux familles nobles, riches et puissantes[1]; puis, les affranchis: ils font partie de la maison puisque Tacite observe qu'ils y sont ordinairement tenus pour gens de rien[2]. Plus bas encore, se trouvent les esclaves, employés surtout à la culture du sol, au soin des troupeaux, à la confection des vêtements, et sur lesquels pése un joug qui, pour être relativement léger, n'en est pas moins celui de la servitude[3].

Faut il ajouter, à cette liste, d'autres personnes ? M. Flach, dans ses belles études sur les origines de l'ancienne France, distingue deux phases dans l'histoire de la famille germanique. La première est caractérisée par l'omnipotence du père sur une *familia* très vaste; l'apparition de la royauté, coïncidant avec une notable réduction de la *familia*, marque la seconde. La première se divise elle-même en deux périodes. Dans la plus ancienne, le pouvoir du père s'étend sur la femme, les descendants, les collatéraux, les affranchis, les esclaves et comporte des pouvoirs qui se résument « en un droit de propriété souveraine ». Dans la plus récente, cette toute-puissance commence déjà à voir se resserrer son domaine: il ne reste au père que « la tutelle des mineurs et des femmes, le patronage des affranchis et des clients, la protection des faibles »[4]. La

[1] TACITE, *Ann.*, I, 57; XII, 30; — Cf. FLACH, *Origines de l'ancienne France*, t. I, p. 65.

[2] TACITE, *Germ.*, 25 : « *Libertini non multum supra servos sunt, raro aliquod momentum in domo* ».

[3] Les droits du maître sur la personne de l'esclave (TACITE, *Germ.*, 25 au milieu) suffisent à mettre ce point hors de doute. Les différences que Tacite signale entre les esclaves de Rome et ceux de la Germanie ne tiennent pas à la condition juridique de ces derniers, mais au mode de leur exploitation par les maîtres (*utuntur*). Lorsqu'il ajoute: « *Suam quisque (servus) sedem, suos penates regit* », il faut donc bien se garder d'entendre que l'esclave germain a un foyer, une famille, une autorité paternelle que le maître doive respecter. Il habite à part, il organise et dirige comme il veut ses cultures (*sedem*) et sa maison (*penates*). Voilà tout. C'est un fait, non un droit. Le maître est toujours à même de lui imposer de plus dûrs travaux (*opere coercere*); de l'arracher à ses champs, à sa cabane, à ses enfants; de disposer de sa personne et de celle des siens, esclaves comme lui.

[4] FLACH, *Origines*, t. I, p. 61, 62.

seconde phase commence ensuite, et c'est elle que Tacite nous fait connaître : le pouvoir du chef de famille n'est plus que celui du chef de ménage sur sa femme et ses enfants ; il ne s'étend aux proches que s'ils se trouvent eux-mêmes sans chef. Le lien d'ailleurs n'est que relâché, non rompu ; et la *domus* se reforme pour la guerre, la vengeance, le serment judiciaire[1].

Il est indubitable que la famille se rapetisse à mesure que grandit l'État ; et que le pouvoir du père s'amoindrit, dans le cercle même où il s'exerce, à mesure que ce cercle se rétrécit. Cette évolution est assurément commencée chez les Germains dès l'époque de Tacite ; mais elle ne semble pas être aussi avancée que M. Flach le donne à entendre. Nous rechercherons tout à l'heure ce qu'il en est au point de vue de la force et de la durée de l'autorité paternelle, et nous saurons alors si elle s'étend aux descendants de tous les degrés. Je ne veux considérer ici que les autres proches ; or, d'après Tacite, le rôle qu'ils jouent est considérable. On les voit remplacer le père dans les cérémonies qui marquent l'arrivée de son fils à l'âge de porter les armes[2]. On les voit aussi, lorsqu'ils sont trop âgés pour combattre, s'employer avec les femmes aux soins des champs ou de la maison, pendant que le chef et les guerriers chassent ou se reposent[3]. Ils figurent à côté des ascendants aux solennités des noces, et leur avis est demandé pour la fixation et la réception du prix d'achat à fournir par le fiancé[4]. Ils prennent part à la condamnation et à l'exécution de l'épouse adultère[5]. Leur nombre est, pour la vieillesse du chef de famille, une source de considération et d'influence[6]. Entre le père, les enfants et eux, les amitiés et les inimitiés sont communes[7]. C'en est assez sans doute, pour donner à

[1] FLACH, *ibid.*, p. 64.
[2] TACITE, *Germ.*: « *Pater vel propinquus scuto frameaque juvenem ornat* ». Tacite mentionne aussi le chef du clan, *principum aliquis*, mais son rôle s'explique aisément, puisque le jeune guerrier, par cette cérémonie, devient capable de prendre part aux assemblées et aux affaires publiques.
[3] TACITE, *Germ.*, 15 : « *Delegata domus et penatium et agrorum cura feminis senibusque et infirmissimo cuique ex familia* ».
[4] TACITE, *Germ.*, 18 : « *Intersunt parentes et propinqui et munera probant* ».
[5] TACITE, *Germ.*, 19 : « *Nudatam coram propinquis expellit domo maritus* ».
[6] TACITE, *Germ.*, 20 : « *Quanto plus propinquorum..... tanto gratiosior senectus* ».
[7] TACITE, *Germ.*, 21 : ci-dessus, p. 74, n. 2.

penser que si les collatéraux paternels sont eux-mêmes chefs de famille, comme le père, toutes ces familles habitent au même lieu, vivent de la même vie, obéissent au même chef. La famille patriarcale est donc, en elle-même, du temps de Tacite, pareille à ce qu'elle était dans une antiquité plus reculée. Mais elle a perdu tout ce que l'État a gagné. Il y a d'autres chefs que le sien, d'autres assemblées que les siennes, un autre culte, un autre sacerdoce, une autre justice, et tout cela au-dessus d'elle. Elle est encore tout dans la société ; elle n'est déjà plus toute la société. Nous la verrons diminuer encore dans la suite des siècles, absorbée de plus en plus par cette société, sortie d'elle, fondée sur elle, et qui tend de nos jours, non sans en éprouver de cruels dommages, à l'annihiler entièrement. Mais il nous faut, en ce moment, après avoir étudié la situation, l'aspect, l'étendue du royaume familial germanique, en considérer le roi, et déterminer le caractère de son gouvernement, et les limites de son pouvoir.

II

Etendue de l'autorité paternelle germanique.

« Le premier et le plus ancien droit du père, écrit Jacques Grimm, se manifeste à la naissance même de l'enfant : il peut l'accueillir[1] ou le rejeter[2]. Le nouveau né reste déposé par terre jusqu'à ce que le père ait prononcé s'il veut le laisser vivre ou non. Dans le premier cas, il le ramasse, l'élève ou donne l'ordre de l'élever : alors, tout de suite, on l'asperge d'eau..... puis on l'apporte à son père qui le prend dans ses bras, le reconnait et lui donne un nom. Si le père ne veut pas élever l'enfant déposé sur le sol, il ordonne de l'exposer. Ces expositions remplissent toutes les légendes, non seulement celles de la Germanie, mais aussi celles de Rome, de la Grèce

[1] Aufnehmen, *tollere*, ἀναιρεῖσθαι (GRIMM).
[2] Aussetzen, *exponere* (GRIMM).

et de tout l'Orient. On ne saurait douter que la dureté du paganisme n'autorisât cette cruelle coutume[1] ». Les causes d'exposition sont également partout les mêmes : illégitimité, faiblesse, difformité de l'enfant ; superstition ou misère des parents[2]. « L'exposition devait d'ailleurs avoir lieu avant que l'enfant eût acquis aucun droit à vivre ; autrement, elle était tenue pour un meurtre. Dans le Nord, c'était avant l'aspersion d'eau lustrale en usage chez les païens alors même qu'ils ne savaient rien du christianisme ni de son baptême... L'enfant devait, en outre, n'avoir encore goûté à quoi que ce fût : une goutte de lait ou de miel lui assurait la vie[3] .. Si l'on en croit les légendes populaires, c'était ordinairement sous un arbre de la forêt ou sur l'eau, dans une corbeille, que l'enfant était exposé »[4]. Il n'était dès lors plus rien pour ses parents. Si, par hasard, il échappait à la mort, quelqu'un venant à le recueillir, ils ne pouvaient ni le réclamer ni être forcés de le reprendre[5].

L'autorité paternelle germanique nous apparaît ainsi dès l'abord, avec le caractère absolu que nous lui avons reconnu à Rome. Le père ouvre et ferme à son gré la porte de la maison familiale. Il peut aussi vendre ses enfants et leur mère comme esclaves. Les Frisons le firent pour payer le tribut aux

[1] GRIMM, p. 455, 456.

[2] GRIMM, p. 456.

[3] GRIMM, p. 457. Ce fait se retrouve un peu partout dans l'antiquité ; — Cf. GODEFROY, t. III, p. 90 : *ad legem.*, 1, C. Th. IX, 14.

[4] *Ibid.*, p. 459.

[5] *Ibid.*, p. 460. Des textes cités par Grimm au sujet de la *sublevatio* et de l'exposition des enfants, rapprocher une pièce de l'anthologie (I, 43, ap. BOUQUET, t. I, p. 734), sur une épreuve que les Celtes des bords du Rhin faisaient subir aux nouveau-nés pour savoir s'ils étaient légitimes. Les Germains pratiquaient vraisemblablement cette coutume, si tant est même qu'elle n'eût pas chez eux son origine. L'enfant est placé sur le fleuve dans le creux d'un bouclier, et selon qu'il coule ou flotte et que, par conséquent, l'eau sainte l'accueille ou le rejette, ses parents l'élèvent ou l'exposent. Il faut noter les expressions du poëte ; je cite la traduction latine : « *Nec prius sunt parentes quam viderint puerum ablutum aqua veneranda. Ipse (pater) scuto imponit novum puerum, nec curat ; nondum enim genitoris fert animum antequam intueatur judicatum aquis nuptias reprehendentis fluvii* » (Cf. JULIEN, *Oratio 2, in Const.*, *eod loc.*, note a). La naissance ne suffit pas à faire entrer l'enfant dans la famille, il faut que la divinité et son représentant, le père, l'y admettent.

Romains[1] et nous trouverons, à des époques bien postérieures, de nombreuses traces de ce droit.

Maître de disposer des personnes soumises à son pouvoir, le père peut évidemment régler comme il lui plaît leur éducation et leur vie de chaque jour. En fait, il semble s'en désintéresser entièrement, ou se borner, du moins, à donner des ordres, sans prendre part lui-même à rien de ce qui se fait chez lui. Boire, manger, dormir, jouer et chasser sont ses seules occupations. Tacite, qui nous le peint partageant sa vie entre la guerre et l'oisiveté, s'étonne de le voir se livrer à l'une et à l'autre avec la même passion[2]. L'éducation est, du reste, on ne peut plus rudimentaire. L'enfant, sale et nu, grandit à l'aventure, pêle-mêle, avec les animaux et les esclaves[3] ; il s'élève tout seul, en dehors de toute contrainte[4] jusqu'à ce qu'il soit devenu capable d'aider d'abord aux travaux domestiques[5], et de s'exercer ensuite à manier les armes, à supporter la fatigue et les privations[6], à entreprendre sur l'ennemi avec hardiesse et prudence. La chasse figurait, sans nul doute, au premier rang de ces exercices. L'apprentissage de la guerre se faisait aussi dans les courses organisées par les jeunes gens pour faire du butin sur les tribus voisines, — car tout étranger est un ennemi que l'on peut piller sans scrupule[7], — et dans les danses belliqueuses, les simulacres de combat auxquels ils se préparaient avec soin pour les exécuter publi-

[1] TACITE, *Ann.*, IV, 72 : « *Primo boves ipsos, mox agros, postremo corpora conjugum aut liberorum servitio tradebant* ».

[2] TACITE, *Germ.*, 15 : « *Quoties bella non ineunt, non multum venatibus, plus per otium, transigunt, dediti somno ciboque. Fortissimus quisque et bellicosissimus nihil agens... Ipsi hebent; mira diversitate naturæ quam iidem homines sic ament inertiam et oderint quietem* ».

[3] TACITE, *Germ.*, 20 : « *In omni domo, nudi ac sordidi in hos artus, in hæc corpora quæ miramur excrescunt.... Dominum ac servum nullis educationis deliciis dignoscas. Inter eadem pecora, in eodem humo degunt* ».

[4] CÉSAR, *De bello gallico*, IV, 1 : « *Quod a pueris nullo officio aut disciplina assuefacti nihil omnino contra voluntatem faciant* ».

[5] TACITE, *Germ.*, 25 : « *Cœtera domus officia uxor ac liberi exsequuntur* ».

[6] CÉSAR, *De bello gallico*, VI, 27 : « *Ab parvulis labori ac duritiæ student* ».

[7] CÉSAR, *De bello gallico*, VI, 23 : « *Latrocinia nullam habent infamiam quæ extra fines cujusque civitatis fiunt, atque ea juventutis exercendæ ac desidiæ minuendæ causa fieri prædicant* ».

quement les jours de fête[1]. A part cette formation guerrière, l'éducation des filles devait être identique à celle des garçons. Ni l'une ni l'autre ne comporte la moindre culture intellectuelle. Les traditions familiales, les légendes religieuses se transmettent oralement. Quelques privilégiés, prêtres et prêtresses, conservent dans le mystère les secrets de l'écriture[2].

Le rôle du père dans l'éducation, sauf peut-être en ce qui concerne ses fils, reste donc, en fait, extrêmement restreint. Celui de la mère est, par la force des choses, plus considérable tant que dure l'enfance, et au delà pour les filles. Tacite se plaît à opposer la sollicitude dont elle entoure le nouveau-né à l'indifférence des mères romaines[3]. Il nous la montre chargée des soins de la maison et des champs et secondée par ses enfants dans ces travaux[4]. C'est elle qui, à la guerre, excite par ses clameurs le courage de son mari et de ses fils, leur porte à manger, panse leurs blessures[5]. Dans ces conditions, il est facile de le concevoir, la mère aura, au foyer domestique, une situation d'autant prépondérante que ses qualités personnelles seront plus grandes et plus nombreuses. Elle pourra prendre sur tous les membres de la famille une influence considérable et son autorité sur les enfants, plus fréquemment exercée que celle du père, ne sera pas moins respectée, moins obéie.

Il ne faut pas, cependant, que ce beau côté de sa condition nous en cache le véritable caractère. Quoi qu'on en ait pu dire[6],

[1] Tacite, *Germ.*, 24 : « *Genus spectaculorum unum atque in omni cœtu idem. Nudi juvenes, quibus id ludicrum est, inter gladios se atque infestas frameas saltu jaciunt. Exercitatio artem paravit, ars decorem* ».

[2] Tacite, *Germ.*, 19 : « *Litterarum secreta, viri pariter ac feminæ ignorant* » ; — Ozanam, *Et. germ.*, I, p. 225 ; — Gide-Esmein, p. 212, texte et note 2. Il ne semble guère possible de supposer avec P. Gide que Tacite parle ici de l'écriture romaine, et non de l'écriture runique, et que les Germains, en général, connaissaient les runes. On est tombé, en ce qui concerne la condition de la femme en Germanie, dans des exagérations analogues à celles que nous avons relevées au sujet des Gauloises.

[3] Tacite, *Germ.*, 20 : « *Sua quemque mater uberibus alit, nec ancillis ac nutricibus delegantur* ».

[4] Tacite, *Germ.*, 15 : ci-dessus, p. 81, n. 3 ; 25 : ci-dessus, p. 84, n. 5.

[5] Tacite, *Germ.*, 7 : « *In proximo pignora unde feminarum ululatus, unde vagitus infantium... ad matres, ad conjuges vulnera ferunt, nec illæ numerare aut exigere plagas pavent. Cibosque et hortamina pugnantibus gestant* ».

[6] Gide-Esmein, p. 208.

c'est à la mère que ces avantages appartiennent. La femme n'est pas plus haut placée dans l'estime de l'homme chez les Germains, que chez les autres peuples dont les croyances, les mœurs, l'état social sont analogues. La naissance d'une fille est moins bien accueillie et plus souvent suivie d'exposition que celle d'un fils : elle est pourtant plus profitable à raison des services que la fille rendra par son travail et du prix que ses parents auront d'elle en la vendant à un mari[1]. Celui-ci, en effet, achète sa femme[2]. Il peut la revendre ensuite, il a, comme le père, le droit de la frapper et même de la faire mourir[3]. Nous savons déjà que c'est sur elle, sur les enfants, sur les vieillards, que retombe tout le poids des travaux serviles, méprisés des guerriers[4]. Elle reste en tutelle toute sa vie : son père, son mari, l'héritier de son mari, fût-ce même son propre fils, seront tour à tour ses tuteurs[5]. Elle n'hérite, à l'origine, que des objets mobiliers qui lui peuvent servir[6] ; plus tard même, on ne l'admet à la succession qu'à défaut d'héritiers mâles ou bien on ne lui donne que demi part ; très longtemps elle reste privée de tout droit sur la terre patrimoniale[7]. En général, du reste, ses droits, sa valeur sont cotés à la moitié de ceux de l'homme[8] et les exceptions que cette règle subit en matière de wehrgeld[9] montrent, encore mieux que tout le

[1] Il faut observer toutefois que le fils amène une femme dans la famille et qu'il est nécessaire pour perpétuer et défendre cette famille. De là vient sans doute que l'exposition des filles est la plus fréquente : lorsqu'il n'y a point de fils, on a avantage à en adopter un, et à se défaire des filles, qui, trop nombreuses en bas âge, constitueraient une charge trop lourde.

[2] Cf. ci-après, p. 117 et s.

[3] Cf. ci-dessus, p. 84, n. 1 ; — GRIMM, p. 450, 451 ; — VIOLLET, *Droit privé*, p. 502, 503.

[4] Cf. ci-dessus, p. 81, n. 3 et p. 79, n. 5.

[5] Cf. GRIMM, p. 462, 447, 452.

[6] Voilà pourquoi Tacite ne distingue pas entre les droits des filles et ceux des fils dans la succession (Cf. ci-après, 2e part., ch. V, II). Il ne faut pas oublier que du temps de Tacite, la propriété immobilière est rigoureusement collective : il ne saurait être question, en ce qui la concerne, d'aucune sorte de succession ; elle est à la famille, et celle-ci ne meurt pas. Ce serait une erreur de voir dans le mot « *liberi* » dont se sert l'historien, une preuve que les filles eussent, à cette époque, des droits sur les biens dont elles furent exclues dans la suite (Cf. GIDE, p. 205).

[7] Cf. ci-après, IIe part., ch. V, II.

[8] Cf. GRIMM, p. 403-407.

[9] On appelait ainsi l'indemnité, la composition que le coupable d'un meurtre, ou

reste, que la femme chez les Germains est considérée comme un simple objet de propriété, évalué d'autant plus cher que son utilité et sa productivité sont plus grandes. Le wehrgeld, en effet, n'est pas seulement plus élevé, en général, pour la femme que pour l'homme : il est aussi plus élevé pour la jeune fille ou pour la femme encore féconde, que pour la femme qui ne l'est plus ; et l'avortement donne lieu à une composition plus forte si l'enfant à naître était une fille, parce que, si l'on est plus fier et plus joyeux d'avoir un fils, on est plus riche d'avoir une fille et l'on perd plus en la perdant[1].

Les arguments que l'on a voulu tirer du taux des compositions pour prouver que la femme jouissait en Germanie d'une condition privilégiée sont donc sans force ; et les contradictions que l'on a cru découvrir au sujet de cette condition entre les divers documents relatifs à l'ancien droit germanique, ne se produisent pas en ce point. Elles ne se produisent pas davantage en ce qui concerne la croyance des Germains à l'existence, entre la femme et la divinité, de communications et d'affinités particulières. Tacite affirme cette croyance[2] et rappelle, à l'appui de ses dire, l'exemple de prophétesses célèbres : Velleda, Aurinia et plusieurs autres, qui furent regardées comme des interprètes des dieux et comme des êtres surnaturels[3]. Quelle con-

de certains crimes assimilés au meurtre, devait payer à sa victime ou à la famille de celle-ci pour échapper au droit de vengeance.

[1] Grimm, p. 404, 405. La loi salique (1er texte de Pardessus, tit. XXIV) fixe le wehrgeld à 800 sous, s'il s'agit d'une femme enceinte, 600 sous pour une femme encore féconde, 200 sous si elle ne l'est plus. Le titre a pour rubrique « *de homicidiis parvolorum* » et les dispositions relatives aux femmes y sont mêlées à celles qui concernent les enfants. C'est une preuve de plus que la fécondité de la femme est la véritable cause de l'augmentation de son wehrgeld. La loi des Bavarois (III, 13) est, du reste, la seule qui donne pour motif à cette augmentation l'impuissance de se défendre. Aussi bien ce motif, s'il suffit à expliquer la différence entre le wehrgeld de la femme et celui de l'homme, ne rend-il nullement raison des inégalités établies entre les femmes, et de la loi sur l'avortement (Cf. Viollet, *Droit privé*, p. 289, n. 2).

[2] Tacite, *Germ.*, 8 : « *Inesse quin etiam sanctum aliquid et providum putant nec aut consilia eorum adspernantur, aut responsa negligunt* ». Ce que l'historien dit de l'influence des femmes, au commencement du même chapitre, ne prouve pas qu'elles jouissent de privilèges spéciaux. On pourrait citer les mêmes traits et dire les mêmes choses des Gauloises et des Romaines (Cf. ci-dessus, p. 33, texte et notes 4 et 5 et p. 47).

[3] Tacite, *Germ.*, 8 : « *Vidimus... Velledam diu apud plerosque numinis loco habitam. Sed et olim Auriniam et complures alias venerati sunt* ».

clusion en veut-on tirer qu'il ne faille étendre à toute l'antiquité païenne ? On y trouve partout des prêtresses, des vestales, des prophétesses, des sybilles. Toutes les mythologies ont leurs déesses ; toutes les légendes et toutes les histoires, leurs reines et leurs héroïnes ; dans toutes les familles, la *materfamilias* participe au culte, offre le sacrifice, interroge les présages[1], comme César, Strabon, Plutarque disent qu'elle le fait chez les Germains[2]. Qu'il y ait, en ce qui concerne la condition de la femme, des différences de détail entre les divers peuples anciens, c'est incontestable ; mais cette condition offre partout les mêmes caractères essentiels : il n'y a point exception pour la Germanie. Partout la femme est « impuissante, asservie » et, tout ensemble, « entourée de respect et d'honneur ». Ce contraste, comme le dit P. Gide, est « le trait distinctif de toutes les sociétés patriarcales[3] ».

Il résulte, en effet, de leur constitution même, et ses deux termes dérivent l'un comme l'autre de la conception primitive qui préside à cette constitution, et que j'ai déjà signalée[4]. L'individu n'est rien, il ne s'appartient pas à lui-même. Il vit par la famille, il appartient à la famille, la famille est tout. Si la femme, l'enfant, peuvent être frappés, vendus, abandonnés, tués par le père, c'est qu'il représente la famille. Il en est le chef, le juge; il peut disposer, comme tel, selon qu'il le croit utile, de tout ce qui est à la famille, gens et choses. Si la femme, l'enfant, ont part au culte et voix au conseil, c'est que le père représente la famille et doit en associer les membres vivants à ses actes, comme au moyen de la prière, des sacrifices et des présages, il y associe les morts et demande leur avis, leur protection et leur secours.

[1] Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 107-108 ; — Gide-Esmein, p. 69, 99. La loi de Manou qui interdit à la femme de prendre part au culte (Gide, p. 47), ne paraît pas représenter en ce point, le droit primitif; car le livre d'Apastamba, qui est antérieur, parle nettement du rôle actif que la femme doit jouer dans les cérémonies de ce culte (v. Dareste, p. 75).

[2] *De bello gallico*, I, 50 : « *Quod apud Germanos ea consuetudo esset ut matresfamiliæ eorum sortibus et vaticinationibus declararent utrum prœlium committi ex usu esset* » (Cf. Strabon, VII, 2 ; — Plutarque, *César*, 19).

[3] Gide-Esmein, p. 201.

[4] Cf. ci-dessus, p. 22.

Un changement profond dans l'Etat social et surtout dans les croyances, joint à l'influence des lois, des mœurs, des idées de peuples plus avancés dans la civilisation, devaient, on le conçoit, amener dans ces coutumes des transformations considérables. Il n'est donc pas étonnant que le droit des lois barbares postérieures à l'invasion, et celui des codes scandinaves rédigés plus de mille ans après Tacite pour des populations chrétiennes, offrent des traits différents de ceux que je viens de rassembler[1]. Nous aurons plus tard à préciser l'origine de plusieurs de ces différences. Il nous suffit, pour le moment, de pouvoir nous former une juste idée de la place et du rôle de la mère dans la famille germanique primitive. C'est une place secondaire, mais honorée, un rôle subalterne, mais actif et important. Il ne faut pas trop s'apitoyer sur sa dépendance, sur la rigueur de son sort et la rudesse de son labeur : c'est la dépendance de quiconque n'est pas chef de famille, le labeur de quiconque n'est pas guerrier. Entre tous ceux qui n'ont ainsi ni le droit de commander, ni celui de rien faire, c'est encore elle qui est la mieux partagée. Elle est, en effet, au-dessus d'eux tous. Plus qu'aucun d'eux, elle participe à l'autorité par ses fonctions et son influence[2]. Avant tout autre,

[1] Il est surprenant que M. Gide ait cru devoir présenter, presque sans réserve et sans distinction, les dispositions des codes scandinaves au sujet de la femme comme représentant le droit germanique antérieur aux invasions (Gide-Esmein, p. 203-215). La plupart des dispositions favorables à la femme, et qu'il cite, sont tirées du Gragàs. Ce code est du XIIIe siècle et rédigé pour des chrétiens. Or, nous le verrons (ci-après, 2e part., ch. V), c'est justement grâce au christianisme que l'évolution du droit familial s'opère, chez les peuples germaniques, dans un autre sens que chez les peuples de l'antiquité. Je ne conteste pas, du reste, que si l'influence du christianisme fut bienfaisante pour la femme, celle du droit romain et celle des transformations sociales opérées à la suite des invasions lui furent, en bien des points, préjudiciable (Cf. Gide-Esmein, p. 223). Lehuérou (*Inst. Carol*, p. 37) professe sur les idées des Germains relativement aux femmes une opinion toute contraire à celle de M. Gide, et, assurément, quelque peu exagérée (Sur les différences entre le droit des codes scandinaves et le droit primitif du Nord, Cf. Dareste, p. 279 à 356 *passim*).

[2] On a dit que « le frère de la mère, représentait dans la maison l'autorité maternelle, que la mère, à raison de l'incapacité de son sexe, ne pouvait exercer que par autrui » (Gide-Esmein, p. 201 ; — Glasson, *Instit. de la France*, t. II, p. 46). C'est faire entrer sans raison le frère de la mère dans une maison et dans une famille qui ne sont pas du tout la sienne, mais celle du mari de la mère (Cf. ci-après, p. 95, texte et note 1). On se fonde sur quelques mots de Tacite que l'on traduit ou paraphrase en disant que « le frère de la mère, dans la famille germa-

elle est désignée par la force des choses et par la coutume pour tempérer par une intervention efficace ce que cette autorité pourrait avoir d'excessif.

Les proches, d'ailleurs, sont appelés comme elle, quoique moins souvent, à jouer ce rôle modérateur. Je viens de dire pourquoi le père est obligé de n'accomplir aucun acte important de la vie familiale sans le conseil et le concours de tous les siens. Il est probable qu'il sollicitait aussi leur avis avant d'élever ou d'exposer le nouveau-né ; du moins est-il presque certain qu'il prenait celui de la mère, et c'est ainsi, semble-t-il, qu'il faut expliquer les légendes où il est question d'enfants que leur mère ou leur belle-mère ont exposés[1].

L'exercice du droit de correction, donnait lieu, dans les cas graves, à une nouvelle intervention des proches, constitués en tribunal domestique. Que le rôle de cette assemblée fût plus considérable en Germanie que dans la République romaine, je le crois sans peine. L'idée d'autorité absorba de très bonne heure, à Rome, dans l'organisation de la famille, celle de collectivité, et nous avons relevé dans la loi même des Douze Tables, des indices de cette absorption[2]. Chez les Germains, au contraire, elle n'est pas encore commencée à l'époque qui nous occupe, et nous verrons que les circonstances postérieures, loin de la favoriser, comme à Rome, l'empêchèrent de se produire. Il y aurait pourtant quelque exagération à dire que la collectivité absorbe au contraire l'autorité paternelle[3]. Rien ne le démontre. C'est bien le père qui a le droit d'exposer ses enfants et de les

nique, avait droit au même respect et aux mêmes honneurs que le père » (Gide-Esmein, p. 201). J'ai expliqué ce texte plus haut (p. 71-72, texte et notes 1 et 2). Isolé, il paraît impossible de le traduire ainsi ; avec le contexte cette impossibilité redouble. Rien ne prouve que l'oncle maternel eût une autorité propre ni qu'il exerçât l'autorité de la mère. Il est vrai, comme on l'a fait remarquer (Gide-Esmein, p. 201, n. 1) que les tribus patriarcales de l'Afrique du Sud, reconnaissent, à l'oncle maternel, non pas le droit de représenter la mère, comme on semble l'avoir cru, mais une autorité propre, et que l'état social et les usages de ces tribus ressemblent à ceux des Germains. Mais cette coutume paraît justement dériver chez elles de circonstances qui ne se sont pas présentées en Germanie (Cf. Starcke, p. 52-76).

[1] Grimm, p. 456.

[2] Cf. ci-dessus, p. 47 texte et note 5.

[3] *Sic* : Gide-Esmein, p. 200.

vendre. C'est bien lui qui a sur eux le droit de vie et de mort.

On s'est fondé pour le contester sur un texte de Tacite. Après avoir fait l'éloge de la chasteté des barbares, décrit les peines rigoureuses qu'ils infligent aux femmes adultères, opposé le mépris qu'ils professent pour la débauche à l'indulgence qu'elle obtient à Rome, et vanté la fidélité de leurs femmes, qui se marient vierges et n'ont qu'un époux, l'historien ajoute : « Limiter le nombre de ses enfants ou faire mourir ceux qui sont nés est regardé comme une infamie ; et les bonnes mœurs ont là-bas plus de pouvoir que n'en ont ailleurs les bonnes lois »[1]. C'est dans cette phrase que l'on a cru trouver la preuve de l'inexistence du droit paternel de vie et de mort chez les Germains. Cependant, pour peu qu'on la lise avec attention, sans l'isoler de son contexte, en donnant à chacun de ses termes sa valeur exacte et en cherchant avant tout la pensée de l'écrivain, on s'aperçoit qu'elle est tout à fait étrangère à la question.

Il faut remarquer tout d'abord que Tacite y poursuit le parallèle qui remplit le chapitre où elle se trouve. Or, sur quoi porte ce parallèle ? Sur l'autorité du père ? Sur la condition de l'enfant ? Pas le moins du monde. Oppose-t-il la douceur du droit barbare à la rigueur du droit romain ? Pas davantage. Il a pour objet les mœurs conjugales, si pures, si sévères en Germanie qu'il ne s'y trouve rien de plus admirable[2] ; si dépravées à Rome que le mariage n'y est plus qu'une forme de la spéculation et de la luxure, un prélude de l'adultère et du divorce. Demandons-nous donc, si nous voulons savoir au juste de quoi parle Tacite, à quels vices conjugaux tolérés, excusés, approuvés à Rome, il a pu faire allusion en rappelant le déshonneur qui atteint en Germanie les époux coupables de limiter le nombre de leurs enfants et de tuer ceux qui leur naissent. Assurément, ce n'est pas d'un abus du droit de vie et de mort qu'il s'agit. Ce droit n'a rien à voir avec la pureté nuptiale. Il est encore

[1] TACITE, *Germ.*, 19 : « *Numerum liberorum finire aut quemquam ex agnatis necare, flagitium habetur, plusque ibi boni mores valent quam alibi bonæ leges* ».
[2] TACITE, *Germ.*, 18 : « *Quanquam severa illic matrimonia, nec ullam morum partem magis laudaveris* ».

écrit dans la loi romaine à la fin du premier siècle, et Tacite parle, au contraire, de choses que « les bonnes lois » essayent d'empêcher. Il a cessé enfin d'être dans les mœurs[1], et Tacite, parle au contraire, de choses que les mœurs autorisent. La corruption de son époque nous est assez connue pour que nous n'hésitions pas à donner une autre réponse. Parmi les plaies sociales qui dévorent Rome, il en est justement trois des plus repoussantes, qui s'ajoutent à l'adultère et au divorce pour profaner le mariage et auxquelles les paroles de Tacite s'appliquent d'elles-mêmes : ce sont la stérilité volontaire, l'avortement et l'infanticide[2]. Voilà ce que « les bonnes lois » défendent à Rome, où la honte ne suit pas le crime, tandis que la flétrissure infligée au coupable par « les bonnes mœurs », suffit à préserver la Germanie de ces souillures, sans que les lois aient seulement à s'en occuper.

Dira-t-on que l'infanticide n'est qu'une des formes de l'exercice du droit de vie et de mort? Autant vaudrait dire que l'assassinat n'est qu'une des formes de la peine capitale. Il n'y a rien de commun entre l'homme ou la femme qui tue l'enfant dont il veut se débarrasser ou cacher la naissance, et le père qui décide, après avoir consulté les proches, que l'enfant difforme, ou né sous de funestes auspices, ou coupable de quelque grand crime sera exterminé du milieu de la famille sur laquelle il attirerait, en continuant à vivre, le mépris des hommes et la malédiction des dieux.

[1] Cf. ci-dessus p. 55, 56.

[2] Le premier de ces crimes est désigné par la première expression « *numerum liberorum finire* », le dernier par la seconde « *quemquam ex agnatis necare* ». L'avortement rentre sans difficulté dans la première : on pourrait peut-être aussi le faire rentrer dans la seconde en entendant « *agnatis* » de tout enfant issu du mariage, qu'il soit né, ou seulement conçu. Tacite emploie une autre fois cette seconde expression dans les histoires (V, 5) et elle y a le même sens qu'ici. Elle se trouve, en effet, au milieu d'un passage conçu dans le même ordre d'idées que les chapitres XVIII et XIX de la *Germanie*. Il s'agit des mœurs des Juifs, de leur mépris de la mort. Malgré cela, observe l'historien, ils ont souci de l'accroissement de la population et désirent avoir de nombreux enfants . « *Adversus omnes alios hostile odium. Separati epulis, discreti cubilibus, projectissima ad libidinem gens alienarum concubitu abstinent: inter se, nihil illicitum.....* AUGENDÆ TAMEN MULTITUDINI CONSULITUR. *Nam et* NECARE QUEMQUAM EX AGNATIS NEFAS, *animasque prœlio aut suppliciis peremptorum æternas putant. Hinc* GENERANDI AMOR *et moriendi contemptus* ».

Rien ne prouve donc que le père n'eût pas le droit de vie et de mort sur ses enfants en Germanie, ou même qu'il ne pût l'exercer qu'au moment de la naissance. Il y a plus. L'autorité patriarcale, nous le savons, pèse, en droit, à peu près du même poids sur toutes les personnes qui lui sont soumises. Le pouvoir du père est aussi considérable sur l'enfant que sur l'esclave, sur la mère que sur l'enfant. Or, les pères de famille germains peuvent frapper leurs esclaves, les charger de chaînes, les accabler de travail, les tuer[1]. Ils usent peu des premiers de ces droits, qui supposent une surveillance active, une discipline régulière; ils abusent aisément du dernier par emportement. C'est Tacite qui le remarque[2], et leur caractère à la fois indolent et impétueux rend parfaitement raison de cette différence. Ils peuvent aussi faire mourir leur femme. C'est à eux que revient le droit de la punir lorsqu'elle est adultère[3]. « Les cheveux rasés, toute nue, devant tous les proches, elle est chassée de la maison par son mari, qui la pousse devant lui par tout le village en la frappant »[4]. La mort est, sans nul doute, la fin de ce supplice. La loi des Burgondes, en effet, prescrit d'étouffer dans la boue la femme infidèle[5]. Or telle est précisément la peine dont les Germains de Tacite frappent les crimes de cette nature[6]. Une lettre de saint Boniface d'autre part, nous apprend que les Saxons païens du VIII[e] siècle ne sont pas moins sévères. Ils pendent la coupable avec son complice, « ou bien ils assemblent une troupe de femmes qui la mènent par les villages et, après lui avoir

[1] TACITE, *Germ.*, 25 : « *Verberare servum ac vinculis et opere coercere rarum. Occidere solent, non disciplina et severitate, sed impetu et ira, ut inimicum, nisi quod impune* ».

[2] *Ibid.*

[3] TACITE, *Germ.*, 19 : « *Paucissima in tam numerosa gente adulteria : quorum pœna præsens et maritis permissa* ».

[4] TACITE, *Germ.*, 19 : « *Accisis crinibus, nudatam, coram propinquis, expellit domo maritus ac per omnem vicum verbere agit* ». Au moyen âge, plusieurs coutumes condamnent encore la femme adultère à courir le bourg en chemise, avec son complice, parmi les huées et les coups. V. par exemple : GIRAUD, I, pièces p. 53, 80, 87.

[5] *Lex Burg.*, 34, 1 : « *Si qua mulier maritum suum, cui legitime juncta est, dimiserit, necetur in luto* ».

[6] TACITE, *Germ.*, 12 : « *Ignavos et imbelles et corpore infames cœno ac palude, injecta insuper crate, mergunt* ».

coupé les habits jusqu'à la ceinture, la flagellent et la déchirent à coups de couteau jusqu'à la laisser pour morte »[1].

Il ne saurait donc y avoir de doute : le père de famille a droit de vie et de mort sur sa femme et sur ses esclaves. Il est, dès lors, bien difficile d'admettre qu'il ne l'ait pas sur ses enfants. Cette difficulté devient une impossibilité, si l'on considère le caractère légitime, honorable même, que les légendes du Nord attribuent aux meurtres d'enfants dont elles parlent[2], et la trace visible laissée par le droit de vie et de mort dans un article du code lombard de Rotharis, aux termes duquel tout attentat à la vie d'une femme de la part de celui qui a l'autorité sur elle, entraîne déchéance de cette autorité, sauf s'il s'agit du père ou du frère de la femme, c'est-à-dire précisément du dépositaire ou de l'héritier direct de la puissance paternelle[3]. On constate même encore en divers lieux, à des époques plus tardives, des faits et des coutumes qui ne peuvent guère être que des restes de ce droit, restreint seulement aux cas de famine et d'extrême misère[4].

Le père a donc certainement chez les Germains le droit de vie et de mort sur les personnes soumises à sa puissance, et c'est bien à lui que ce droit appartient dans sa plénitude. Le conseil des proches l'assiste dans l'exercice de la magistrature domestique dont il est revêtu; mais rien, absolument rien ne prouve que son rôle aille au-delà de cette assistance. On ne saurait arguer là contre des droits que peuvent avoir les parents de la femme de prendre en main ses intérêts contre le mari[5]. Ils ne font pas partie, comme tels, de la famille dans laquelle elle est entrée par son mariage. Ce n'est pas comme membres de cette famille et pour contrebalancer l'autorité de son chef qu'ils interviennent : c'est en vertu du contrat de vente passé entre le mari et le père de la femme, et dont ils sont fondés à poursuivre l'intégrale exécution. C'est pour cela que le mari s'assure de leur assentiment lorsqu'il y a lieu, pour lui,

[1] BARONIUS, *Ann.*, a° 745.
[2] Cf. OZANAM, *Et. germ.*, t. I, p. 64 et 272.
[3] *Roth.*, 195.
[4] Cf. GRIMM, p. 460.
[5] Cf. GIDE-ESMEIN, p. 200, 206, 207.

d'exercer contre sa femme son pouvoir de juridiction domestique; mais ils n'entrent pas, à proprement parler, dans le conseil de famille, et les termes dont se sert Tacite ne permettent pas de croire que leur intervention ni celle de ce conseil aient en Germanie un autre caractère qu'à Rome et en Gaule[1].

Nous pouvons donc maintenant nous faire une juste idée des droits que la coutume germanique reconnait au père sur les personnes et de la façon dont il les exerce. Il nous reste à savoir, pour en mesurer exactement l'étendue, s'ils sont temporaires ou perpétuels.

Il faut remarquer d'abord, afin de bien préciser la question, qu'ils sont incontestablement susceptibles de s'éteindre. La vente de l'enfant; son adoption par un étranger; le mariage de la fille, — ce n'est d'ailleurs qu'une vente; — l'exclusion de la famille prononcée par le tribunal domestique; la même

[1] Voir ci-dessus, p. 81, notes, les divers textes de Tacite dans lesquels il est question des proches. Il ne sera peut-être pas inutile de rappeler ici les caractères de la famille patriarcale en général. Ce sont l'autorité paternelle et l'agnation. Le père est le chef de la famille. Sous sa puissance se trouvent la mère, les descendants mâles et leurs femmes, les descendantes non encore mariées, les personnes attachées à la famille par les liens artificiels de l'adoption, de la clientèle, de l'esclavage. Les descendantes mariées ne font plus partie de la famille de leur père, mais de celle du père de leur mari. Réciproquement, la mère et les femmes des descendants ne font plus partie de la famille où elles sont nées, mais de la famille de leur mari ou de son père. Les proches de la femme et spécialement son frère, l'oncle maternel des enfants, restent donc en dehors de la famille de ces mêmes enfants. Il peut y avoir entre eux des rapports d'influence et d'affection très étroits; il ne saurait être question de rapports de puissance (Cf. ci-dessus p. 72, texte et notes 1, 2, 3; p. 89, n. 2). Pour que de tels rapports pussent exister, il faudrait que la femme ne sortît pas de sa famille par le mariage; or, en règle générale, elle en sort, puisqu'elle est vendue à son mari. Les frères du père, ses oncles et ses cousins paternels, qui ne sont pas eux-mêmes en puissance, ont chacun sous leur autorité une famille semblable à celle du père : toutes ces familles sont unies entre elles par la parenté agnatique. La communauté du sang et de l'intérêt leur donne une tendance naturelle à rester unies pendant un certain nombre de générations sous une autorité commune, celle de l'aîné ou de tout autre, élu ou reconnu par l'ensemble des pères de famille. Ainsi la famille donne naissance à des collectivités plus étendues. Il ne faut pas confondre, du reste, la parenté et la famille. De ce que la *famille* est agnatique, il ne résulte pas que la *parenté* cognatique ne produise aucun effet; elle n'établit pas de communauté de vie entre ceux qu'elle unit, elle ne les soumet pas à la même autorité, voilà tout. La cognation était certainement chez les Germains un lien juridique et la source de certains droits (Cf. ci-dessus, p. 70, n. 1 et 2; p. 89, 90 et ci-après p. 121, n. 1 et 2e part., ch. V, II).

exclusion résultant pour le pére soit de la *chrenecruda*[1], soit de l'*abdicatio parentelæ*[2], soit de la perte de sa liberté au jeu[3]; l'incapacité qui peut résulter pour lui de la vieillesse, d'une infirmité, des blessures reçues au combat[4], tout cela entraîne certainement extinction de l'autorité paternelle. Mais ce sont là des accidents qui peuvent ne pas se produire. Ils résultent, d'ailleurs, de la volonté du père, ou bien ils ne modifient son pouvoir qu'en modifiant son état ou sa capacité générale. Ils n'affectent pas, en lui-même, le caractère de ce pouvoir. C'est ainsi que la puissance maritale et la puissance dominicale sont perpétuelles bien que la répudiation, la vente, l'affranchissement puissent y mettre fin. S'il existe, au contraire, des causes d'extinction indépendantes de la volonté du pére, et de tout changement dans sa condition; si, par exemple, il y a pour l'enfant une majorité émancipatrice, ou s'il peut, à un moment donné, se soustraire librement à l'autorité paternelle, cettte autorité devient, par là même, essentiellement temporaire. C'est, par conséquent, sur ce point que doivent se porter nos recherches.

Les questions qui vont nous occuper donnent lieu à des difficultés considérables. Ce n'est pas que l'existence d'une majorité chez les Barbares soit incertaine. A l'origine, l'enfant devenait certainement capable en droit dès qu'il était reconnu capable en fait. C'est une coutume qui se trouve chez tous les peuples à leur époque primitive[5], et que paraissent pratiquer

[1] Cf. ci-dessus, p. 74.

[2] Cf. ci-après, p. 111, 112.

[3] TACITE, *Germ.*, 24 : « *Aleam... exercent tanta lucrandi perdendive temeritate, ut, quum omnia defecerunt, extremo ac novissimo jactu de libertate et de corpore contendunt. Victus voluntariam servitutem adit. Alligari se ac venire patitur... Servos conditionis hujus per commercia tradunt* ».

[4] La coutume était même, au moins en certaines tribus, de mettre à mort les vieillards impotents et les mourants. La mort violente, croyait-on, pouvait seule leur ouvrir le séjour des dieux. La vie des premiers, d'ailleurs, ne pouvait être que misérable. On devait regarder comme un bienfait de l'abréger, ainsi que les souffrances des seconds. Enfin, ils constituaient une lourde charge, et l'intérêt s'unissait à la religion et à la pitié pour 'autoriser cette coutume que justifiait d'autre part, aux yeux des Barbares, le droit absolu de la famille sur ses membres (Cf. OZANAM, *Et. germ.*, t. I, p. 126; — GRIMM, p. 486 et s.).

[5] Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 509-510.

encore les Germains de Tacite[1]. Nous en trouverons des traces jusqu'au moyen âge[2]. D'après les codes germaniques, la majorité, déjà fixée à un certain âge, est encore extrêmement précoce : elle varie de 10 à 15 ans[3]. On peut donc affirmer sans hésitation que le jeune Germain, avant les invasions, était majeur de très bonne heure; mais lorsqu'il s'agit de déterminer les effets de cette majorité, il n'est plus aussi facile d'arriver à la certitude. Une obscurité profonde enveloppe, en ce point important, les origines de notre droit familial. Pour y faire pénétrer un peu de lumière, il est nécessaire d'apporter à l'étude des textes et des faits une attention, une précision et une prudence toutes spéciales.

De nombreux savants ont admis que la majorité germanique était, par elle-même, émancipatrice. La plupart ajoutent, en manière de restriction, qu'elle ne rompt pas tout lien entre le père et le fils. Celui-ci devient indépendant, « *sui juris* » comme on dit à Rome : il est maître de sa personne, il pourra désormais avoir des biens, et, lorsqu'il se mariera, sa femme et ses enfants ne tomberont pas en la puissance de son père. S'il reste dans la maison paternelle, l'obéissance qu'il accordera au maître de cette maison sera toute volontaire : il pourra la refuser à sa guise sans que l'on ait aucun moyen direct de l'y contraindre. Mais il reste uni à son père par les liens de la parenté, et la solidarité qu'elle engendre lui imposera, nous le savons, dans la paix et dans la guerre, de nombreux devoirs[4]. Ce serait donc au sein des forêts de la Germanie, où l'on a trouvé tant de belles choses depuis que Montesquieu y découvrit le système parlementaire[5], qu'il faudrait aller chercher

[1] TACITE, *Germ.*, 13 : « *Arma sumere non ante cuiquam moris quam civitas suffecturum probaverit* ». Sur un autre texte de Tacite où il est fait mention de l'âge, voir ci-après, p. 106, 107.

[2] Cf. ci-après, 3e part., ch. II, I.

[3] Cf. ci-après, 2e part., ch. II, I.

[4] En ce sens : PARDESSUS, *Loi Sal. Dissert.*, III, p. 455, 456; — OZANAM, *Et. germ.*, t. I, p. 121, 122; KOENIGSWARTER, p. 139, 140; — BERNARD, p. 55, 63; — KLIMRATH, *Travaux*, t. I, p. 269 : « Ses enfants mineurs »; — FLACH, *Origines*, t. I, p. 61, 67; II, p. 435.

[5] *Esprit des lois*, XI, 6, *in fine* : « Si l'on veut lire l'admirable ouvrage de Tacite sur les mœurs des Germains, on verra que c'est d'eux que les Anglais ont

encore la vieille maxime coutumière « droit de puissance paternelle n'a lieu ». S'il en est ainsi, les Germains prennent une place à part et une importance considérable dans l'histoire des institutions. Seuls, ils ont pratiqué cette maxime et conçu l'autorité paternelle comme temporaire dès leur époque primordiale, dans un état social encore tout à fait barbare, alors que se rencontrent chez eux les croyances, les nécessités économiques et politiques, l'organisation familiale, enfin tout ce qui engendre chez les autres Aryens primitifs, la perpétuité de l'autorité paternelle[1]. Les Grecs eux-mêmes, en effet, plus précoces pourtant en ce point que les autres peuples, n'en sont venus là qu'à une période bien plus avancée de leur civilisation. Le père avait auparavant perdu chez eux la plupart des prérogatives despotiques[2] que la coutume germanique, nous venons de le constater, lui reconnaît encore dans toute leur plénitude. Il importe donc au plus haut point, de savoir à quoi s'en tenir sur ce sujet.

La majorité amène assurément dans la condition de l'enfant un changement considérable, et fait naître entre son père et lui des rapports nouveaux. Elle marque, en effet, l'admission de l'enfant parmi les guerriers, et les conséquences de cet événement ne peuvent être que très grandes dans une société où la guerre est à peu près la seule occupation de l'homme libre[3]. Ce changement est-il aussi complet qu'on le prétend ? L'examen des arguments sur lesquels cette opinion s'appuie, va nous l'apprendre.

L'autorité que l'on invoque en premier lieu est celle de Tacite. « Les Germains, dit-il, ne font rien sans être armés, qu'il s'agisse d'affaires privées ou d'affaires publiques. Mais leurs coutumes s'opposent à ce que personne prenne les armes avant

tiré l'idée de leur gouvernement politique. Ce beau système a été trouvé dans les bois ». Le mot est piquant, mais n'est que cela.

1 Pour les Grecs et les Romains : Cf. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 93, 374 ; — Pour les Hindous : Sumner-Maine, *Et. d'hist. du droit*, p. 457, 458.

2 Je ne prends pas ici ce mot dans son sens péjoratif : il ne renferme dans ma pensée que l'idée d'autorité absolue.

3 Sur le caractère militaire de l'organisation sociale des Germains : Cf. Flach, *Origines*, t. II, p. 435.

d'en avoir été reconnu capable par la cité. Lorsqu'elle s'est prononcée, et dans l'assemblée même, un des chefs, ou le père, ou quelque proche, remet solennellement au jeune homme le bouclier et la framée. C'est là, chez eux, prendre la toge : c'est là le premier honneur de la jeunesse. On ne compte, auparavant, que dans la famille ; après, on compte dans l'Etat »[1]. Il est bien question d'une majorité dans ce texte ; rien ne permet de supposer qu'elle soit émancipatrice.

Que nous dit, en effet, Tacite ? Quiconque ne porte point les armes, n'a point de part aux affaires publiques ni privées ; et, qui veut ne prend pas les armes : il faut d'abord être capable de les porter et de s'en servir avec honneur ; il faut ensuite que cette capacité soit reconnue par l'assemblée des guerriers avec qui l'on prétend désormais combattre. Ces conditions remplies, le jeune guerrier est armé solennellement en présence de cette assemblée. Le caractère et les effets de cette cérémonie ressortent clairement des détails que l'historien nous donne, des comparaisons dont il se sert. Par elle, le Germain cesse d'être un enfant et devient un homme. Il pourra, puisqu'il a le droit de porter les armes, prendre part aux affaires privées et publiques, assister aux réunions où l'homme armé seul est admis. Il n'existait auparavant en quelque sorte que pour les membres de la famille. Il n'était rien dans la cité ; la cité n'était rien pour lui. Il y aura désormais sa place. S'il est de haute naissance ou si les hauts faits de ses ancêtres immédiats ont valu à sa famille une influence prépondérante, il prendra rang parmi les chefs malgré son jeune âge. Issu d'un sang moins noble et moins glorieux, il servira comme compagnon sous les ordres d'un autre et s'attachera à sa fortune[2]. Qu'y a-t-il en tout cela que l'on ne trouve également à Rome, où

[1] TACITE, *Germ.*, 13 : « *Nihil autem neque publicæ neque privatæ rei nisi armati agunt. Sed arma sumere non ante cuiquam moris, quam civitas suffecturum probaverit. Tum in ipso concilio vel principum aliquis, vel pater, vel propinquus, scuto frameaque juvenem ornant : hæc apud illos toga, hic primus juventæ honos. Ante hoc domus pars videntur ; mox reipublicæ* ».

[2] TACITE, *Germ.*, 13 : « *Insignis nobilitas aut magna patrum merita principis dignationem etiam adolescentulis adsignant : cæteri robustioribus ac jampridem probatis aggregantur, nec rubor inter comites adspici* ». Ce passage fait suite à celui de la note précédente.

cependant, le pouvoir du père est perpétuel ? Arrivé à la puberté, le jeune Romain est, lui aussi, traité en homme. Il est admis de même à entrer dans l'armée, à prendre part aux affaires, à jouir des privilèges que lui assurent la noblesse et l'illustration de son origine, à briguer les honneurs, à s'attacher, pour parvenir, à la fortune de quelque homme puissant dans la politique et dans la guerre. C'était, à l'origine, une cérémonie publique et peut-être militaire[1] qui marquait pour lui ce moment ; plus tard, elle devint toute familiale, et comme la vie publique avait cessé d'être toute guerrière, la toge du citoyen remplaça, comme symbole, le glaive et le bouclier du soldat. Mais, à toute époque, les effets de la solennité furent les mêmes : jamais ils ne portèrent atteinte à l'autorité paternelle. Qu'il en soit ainsi chez les Germains, il n'est guère possible d'en douter si l'on prend garde à la comparaison que choisit Tacite pour faire comprendre leur coutume à ses lecteurs. Ce n'est pas aux formalités de l'émancipation romaine qu'il se réfère, mais bien à la cérémonie dont je viens de parler : « C'est là pour eux, dit-il, prendre la toge ; c'est là le premier honneur de la jeunesse »[2].

On objectera peut-être que le Germain entre, le jour même de sa majorité, dans le campagnonnage d'un chef ; qu'il choisit librement ce chef ; que les liens de dévouement et de dépendance qui l'attachent désormais à lui ne laissent point de place à l'autorité paternelle ; que l'on ne voit rien de tel à Rome : mais tout cela est-il bien certain ? L'organisation militaire, en Italie et en Grèce, ne différait pas, à l'origine, de ce qu'elle est en Germanie, et l'on pourrait appliquer à la plupart des armées antiques primitives, ce que Tacite nous dit des armées germaines : c'est le même appareil religieux, ce sont les mêmes unités de combat formées par les familles et

[1] Les symboles romains primitifs, sont militaires : ainsi la *hasta*, symbole du droit de propriété. Les premiers Romains forment une peuplade belliqueuse et pillarde, toujours en guerre contre ses voisins. Les noms mêmes de Quirinus et de Quirites — s'il est vrai qu'ils dérivent de celui de la lance sabine appelée *quiris* — évoquent l'idée d'un peuple toujours armé, à l'instar de ceux de la Germanie.

[2] Cf. Fustel de Coulanges, *Recherches*, p. 222.

par les parentèles[1]. Pourquoi serait-on affranchi de l'autorité paternelle en entrant dans les unes, alors que l'on y demeurait soumis en entrant dans les autres ? On invoque les liens du compagnonnage. Je vois bien, dans Tacite, que les compagnons rivalisent de courage avec leur chef et se font un point d'honneur de ne pas lui survivre, un devoir sacré de le défendre, de lui faire un rempart de leur corps, de lui attribuer la gloire de toutes leurs actions d'éclat. Il les arme à ses frais et les récompense sur les prises de guerre. Pendant la paix, il les a pour escorte et sa réputation se mesure à leur nombre et à leur valeur[2]. Mais le compagnonnage n'est pas fait pour la paix et la paix ne peut que lui nuire : lorsqu'elle dure trop, toute la bande, sous la conduite de son chef, va chercher au loin les champs de bataille, qui lui manquent au pays natal, et conquérir en combattant pour d'autres nations, le renom et le butin, faute desquels elle serait bientôt dissoute[3]. Nous sommes évidemment ici, en présence de ces associations pour le pillage et les aventures, dont César a sommairement décrit la formation. Un chef se lève dans l'assemblée, déclare son projet, demande qui veut le suivre. Ceux à qui plaisent l'homme et l'entreprise se lèvent et promettent leur conconrs. Ils sont dès lors engagés et ne peuvent manquer à leur promesse sans être tenus pour des traîtres et des déserteurs, et mis au ban de la tribu[4].

[1] TACITE, *Germ.*, 7 : « *Effigiesque et signa quœdam detracta lucis in prœlium ferunt, quodque præcipuum fortitudinis incitamentum est, non casus nec fortuita conglobatio turmam aut cuneum facit, sed familiæ et propinquitates* ». (Cf. FUSTEL DE COULANGES, *Cité antique*, p. 144, 191, 192).

[2] TACITE, *Germ.*, 13 ; « *Magno semper electorum juvenum globo circumdari, in pace decus... id nomen, ea gloria est, si numero ac virtute comitatus emineat...* 14 : *Quum ventum in aciem, turpe principi virtute vinci, turpe comitatui virtutem principis non adæquare. Jam vero infamem in omnem vitam ac probrosum superstitem principi suo ex acie recessisse. Illum defendere, tueri, sua quoque fortia facta gloriæ ejus adsignare, præcipuum sacramentum est. . Exigunt principis sui liberalitate illum bellatorem equum, illam cruentam victricemque frameam. Nam epulæ et, quanquam incompti, largi tamen apparatus pro stipendio cedunt : materia munificentiæ per bella et raptus* ».

[3] TACITE, *Germ.*, 14 : « *Si civitas ex quà orti sunt longa pace et otio torpeat, plerique nobilium adolescentium, petunt ultro eas nationes quæ tum bellum aliquod gerunt; quia et ingrata genti quies, et facilius inter ancipitia clarescunt, magnumque comitatum non nisi vi belloque tueare : exigunt enim liberalitate principis...* », et la suite à la note précédente.

[4] CÉSAR, *De bello gallico*, VI, 23 (ci-dessus, p. 84, n. 7) où il est question du

Cet engagement, qui a pris figure d'institution régulière au temps de Tacite, est, même alors, quoiqu'on en ait dit, essentiellement temporaire. Si l'on ne peut, en effet, entretenir et conserver de nombreux compagnons sans pillage et sans guerre[1], c'est apparemment que, faute de trouver au service de leur chef, les armes, les riches équipements, les festins et la gloire qu'ils ambitionnent, ils le quitteraient pour s'attacher à quelque autre. Ne voyons-nous pas, d'ailleurs, que le compagnonnage n'est composé que de jeunes gens ?[2]. C'est donc que l'on en sort à un moment donné. Il est impossible de confondre de semblables bandes avec les familles et les parentèles menées au combat par le guerrier que le droit du sang a fait leur chef. Il y a là deux organisations complétement distinctes[3], et ce serait aller contre les données même de Tacite que de considérer les liens du compagnonnage germanique, comme proprement familiaux, de les faire résulter de l'adoption du compagnon par son chef à titre de fils, d'en conclure que leur formation implique extinction de l'autorité du père[4].

pillage comme élément de l'éducation militaire. César continue ainsi : « *Ubiquis ex principibus in concilio dixit se ducem fore, ut qui sequi velint profiteantur, consurgunt ei qui et causam et hominem probant suumque auxilium pollicentur... Qui ex iis secuti non sunt, in desertorum ac proditorum numero ducuntur, omnium que rerum iis postea fides abrogatur* ».

[1] Tacite, *Germ.*, 14 : « *Magnum comitatum non nisi vi belloque tueare* ».

[2] Tacite, *Germ.*, 13 : « *Hæc dignitas, hæ vires, magno semper electorum* JUVENUM *globo circumdari... 14 : Si civitas... longa pace et otio torpeat, plerique nobilissimi* ADOLESCENTES *petunt ultro eas nationes quæ tum bellum aliquod gerunt* ».

[3] Cf. de Valroger, p. 126 et s., 129 et s. ; — Schulte, p. 41, 42. Nous lisons dans Ammien Marcellin (XVI, 12), que le roi germain Chonodomarius, s'étant rendu seul aux Romains, ses compagnons, *comites*, au nombre de deux cents, et trois de ses amis « *tres amici junctissimi* », regardant comme un opprobre de lui survivre, se rendirent à leur tour pour être enchaînés avec lui. On distingue très clairement, dans ce récit, le compagnonnage — ici, deux cents guerriers, — de l'armée, beaucoup plus nombreuse, qui obéit aux mêmes chefs et dont les unités sont formées, d'après Tacite, non par les compagnonnages, « *comitatus* », mais par les familles et les parentèles — « *familiæ et propinquitates* ».

[4] Cpr. Heusler, t. II, p. 436. Je dois m'expliquer ici sur le sens de trois termes, dont je me suis servi fréquemment, et que l'on a parfois pris comme à peu près synonymes : clan, compagnonnage, clientèle. J'ai dit plus haut dans quel sens j'emploie le mot clan (voir p. 69, 70) : c'est essentiellement une extension de la famille, un groupe qui a pour base la parenté du sang. Les compagnons et les clients sont sous le patronage et l'autorité d'un chef de famille et font ainsi partie de son clan et de sa maison, mais ils ne sont pas ses parents. Le mot de « clientèle » dit plus que celui de « compagnonnage ». Les compagnons peuvent

Non, ni l'armement solennel, ni l'entrée dans le compagnonnage n'ont rien qui suppose ou entraîne l'émancipation des jeunes guerriers. Tout indique au contraire, que cette émancipation n'a pas lieu. La ressemblance entre les institutions primitives de l'antiquité et celle de la Germanie, ressemblance affirmée par Tacite, comme nous venons de le voir, en ce qui concerne l'entrée du jeune homme dans la vie civique, suffirait à donner en ce sens des probabilités considérables ; mais il y a plus. La remise solennelle des armes n'est pas un symbole d'émancipation ; c'est, au contraire, un symbole d'adoption. « Mon père est devenu votre fils par les armes, écrit Alaric à Justinien ; les sentiments qui doivent nous unir sont des sentiments de parenté. Les lois de la nature s'opposent à ce que le fils de votre fils soit pour vous un étranger. Quand vous avez accordé à mon père les joies de cette adoption, vous m'avez donné à votre affection les droits d'un petit-fils »[1]. Cassiodore, qui cite cette lettre, rapporte encore un autre exemple remarquable d'adoption par les armes[2], et il nous a conservé une formule de laquelle il résulte que c'était une coutume générale chez les Barbares d'adopter de la sorte[3].

Peut-on admettre que le même rite solennise, chez les mêmes peuples, et l'émancipation et l'adoption ? Si l'on veut, pourtant, qu'il se forme entre le chef et les compagnons des

être considérés comme une des sortes des clients ; mais il y en a d'autres. Ainsi, les *obœrati* gaulois de César sont des clients et ne sauraient être confondus avec les *ambacti*, *devoti*, *soldurii*, analogues aux *comites* germains de Tacite. Nous avons vu aussi que les compagnons ne dépendent de leur chef qu'au point de vue militaire et politique, et temporairement. Le lien de la clientèle, au contraire, est domestique et perpétuel.

[1] CASSIODORE cité par FLACH, *Origines*, t. II, p. 563, n. 3 : « *Factus est* (*genitor meus*) *per arma filius... in parentelæ locum jam noster transire debet affectus. Nam ex filio vestro genitus naturæ legibus vobis non habetur extraneus. Mihi dedistis gratiam nepotis, quando meo parenti adoptionis gaudia præstitistis* ». Je suis loin, d'ailleurs, de vouloir retenir de tout ce verbiage diplomatique, autre chose que ce fait général : la remise des armes est un symbole d'adoption.

[2] C'est l'entrée de Gensimund « *solum armis filius factus* » dans la famille des Amales (ap. FLACH, *Origines*, t. II, p. 563, n. 2).

[3] « *Per arma fieri posse filium, grande inter gentes constat esse præconium. Et ideo, more gentium, et conditione virili, filium te præsenti munere procreamus, ut comcompetenter per arma nasearis filius qui bellicosus esse dignosceris. Damus quidem tibi equos, enses, clipeos et reliqua instrumenta bellorum* ». (ap. FLACH, *Origines*, t. II, p. 437, n. 2 et 563, n. 2).

liens de famille adoptive, il faut aller plus loin encore. Il n'est pas possible, en effet, d'attribuer au chef les pouvoirs que nous avons trouvés dans le père ; et l'on est ainsi conduit à dire que la même cérémonie, sous un symbole unique, émancipe le fils, réduit ses devoirs à ce que l'on appelle *obsequium*, c'est-à-dire au respect et à l'assistance, l'affranchit en même temps de ces mêmes devoirs envers son père et les lui impose envers le chef, dont il devient ainsi le fils émancipé adoptif[1].

Rien dans les paroles de Tacite n'autorise cette manière de voir. Que le lien du compagnonnage soit devenu, dans la suite des temps, un lien analogue — mais non identique — à celui de la filiation adoptive, nous aurons plus loin occasion de le reconnaître. Mais il fallut pour cela, nous le verrons aussi, que le compagnonnage changeât de caractère, que l'esprit du droit familial germanique devînt lui-même quelque peu différent de ce qu'il est aux origines, et que l'idée de protection, d'abord très secondaire en lui, finît par dominer, par absorber, en quelque sorte, toutes les autres[2].

La cérémonie que décrit Tacite n'est d'ailleurs pas plus celle de l'entrée dans le compagnonnage que celle d'une émancipation quelconque. Ce ne sont pas les compagnons qui déclarent l'enfant apte à combattre, c'est la cité, « *civitas* ». Ce n'est pas dans l'assemblée des compagnons qu'on l'arme, c'est dans celle de la cité, « *in ipso concilio* ». Ce n'est pas le guerrier auquel le jeune homme s'attache qui lui remet solennement le bouclier et la framée, c'est la cité elle-même, par les mains d'un représentant qui peut être, indifféremment, soit un des chefs de la tribu ou de ses clans, soit le père, soit un proche parent « *vel principum aliquis, vel pater, vel propinquus* ». C'est la cité qui, par ces rites symboliques, admet le jeune guerrier au nombre de ses enfants : il le faut pour qu'il ait place parmi eux, comme il a fallu, pour qu'il eût place dans la famille, que le père l'en jugeât digne après

[1] Cf. Flach, *Origines*, t. II, p. 435-437 ; 522-524.
[2] Cf. ci-après, 2e part., ch. V.

sa naissance et prononçât son admission. L'autorité paternelle reste intacte dans son domaine. Les rapports nouveaux qui naissent entre le père et le fils ne sont pas ceux du compagnonnage, mais ceux qui résultent simplement de la qualité de soldat acquise par le fils. La famille n'est plus seulement pour lui sa famille ; elle est, en outre, l'unité de combat à laquelle il appartient. Son père, qui commande cette unité, n'est plus seulement son père, mais aussi le chef militaire auquel il doit obéir tant qu'il n'est point engagé dans les liens du compagnonnage. Tacite ne dit point, en effet, que cet engagement suive immédiatement la remise solennelle des armes. On peut légitimement supposer que le jeune guerrier devait attendre, pour entrer ainsi dans une élite, que sa force eût pris plus de développement et sa vaillance provoqué l'estime.

Quoi qu'il en soit, le sens des paroles de l'historien n'est pas douteux, et nous pouvons, en résumé, tenir pour acquis les points suivants :

L'armement solennel et l'entrée dans le compagnonnage sont deux événements dont l'un présuppose l'autre, mais qui sont entièrement distincts. Le premier se produit toujours, le second peut ne pas se produire. Le premier introduit l'enfant dans la cité, et lui donne le droit de jouer personnellement son rôle dans la vie religieuse, civile, politique, militaire de cette cité ; le second attache plus tard le jeune guerrier à la personne d'un chef qu'il suit dans ses courses aventureuses et près duquel il combat dans les guerres de la cité. Les compagnons forment autour de leur chef une escorte de choix, « *electorum juvenum* » Mais ce n'est pas sur le compagnonnage que repose l'organisation de l'armée germanique. Le plus grand nombre des guerriers n'est pas engagé dans ses liens, et se groupe par familles et par parentèles, chacune sous les ordres de son chef naturel. Telles sont les unités normales de combat, dont les jeunes gens qui servent comme compagnons ne sont que des éléments momentanément détachés. L'entrée dans le compagnonnage n'est pas une adoption. Elle ne brise pas les liens du sang. Elle laisse intactes, sauf au point de vue militaire,

toutes les relations qu'ils engendrent. L'armement solennel n'est pas une émancipation, et la majorité qu'il consacre ne soustrait aucunement le fils à l'autorité paternelle[1].

On a cru trouver, il est vrai, dans un autre passage de la « Germanie » la preuve du contraire. « Le maître et l'esclave, dit l'historien, sont élevés avec la même rudesse. Ils vivent ensemble au milieu du bétail, couchant sur la même terre, jusqu'à ce que l'âge sépare les ingénus et que leur vaillance les fasse connaître »[2]. S'il s'agit d'une majorité, remarquons le tout d'abord, ce n'est pas d'une majorité fixée à un certain âge ; c'est, en effet, à la vaillance, à la capacité de fait que l'on s'en rapporte pour savoir si l'âge dont il est question est arrivé. Ce point, d'ailleurs, n'a que peu d'importance, car le texte est étranger à la majorité germanique.

Il désigne manifestement une autre époque de la vie de l'enfant, celle où il est traité, non pas encore en homme, mais en ingénu destiné à devenir soldat. On le sépare alors des esclaves voués aux travaux de la paix, et le soin de son éducation, laissé jusqu'alors exclusivement aux femmes, passe aux guerriers de la famille, seuls capables de développer ses aptitudes naissantes pour le combat. Ce passage de la première à la seconde période de l'enfance devait se produire ordinairement vers l'âge de sept ans[3]. Il était probablement marqué par une cérémonie spéciale dont je vais avoir à parler en discutant une seconde catégorie d'arguments en faveur de l'existence d'une majorité émancipatrice.

Ces arguments sont tirés des lois barbares et fondés sur la capacité d'avoir des biens personnels qui résulte, pour le fils majeur, de certains articles de ces lois. Nous allons les examiner.

Le premier de ces textes donne au fils le droit de ne pas imputer sur sa part d'héritage les dons que son père lui a faits à l'occasion de la coupe des cheveux, « *ad capillatorias* ». Ces

[1] Cf. Heusler, t. II, p. 435-437.
[2] Tacite, *Germ.*, 20 : « *Dominum ac servum nullis educationis deliciis dignoscas. Inter eadem pecora, in eodem humo degunt, donec ætas separet ingenuos, virtus agnoscat* ».
[3] Grimm, p. 410 ; — Cf. cependant ci-après, p. 108, n. 5.

dons, dit avec raison M. Dareste, étaient de peu de valeur, et consistaient ordinairement en objets d'usage personnel[1]. En outre, la disposition qui les rend préciputaires apparaît pour la première fois dans les *capitula legi salicæ addenda* de Childebert[2]. Enfin leur possibilité n'implique pas que le fils soit soustrait à l'autorité paternelle : Les Romains ne faisaient-ils pas des présents à leurs enfants en puissance ?

Nous pourrions donc ne pas nous attarder davantage à ce qui les concerne, si l'on n'avait été jusqu'à faire de la coupe des cheveux une cérémonie émancipatrice attestant « le passage de l'enfance à la majorité chez les Francs »[3]. Le caractère et l'occasion de cette cérémonie semblent être tout différents. Si nous considérons son symbolisme, nous voyons qu'il n'a rien de commun avec l'idée d'affranchissement ou d'émancipation. Les cheveux sont, chez les Germains, le signe de l'indépendance, la marque nationale de l'ingénuité. C'est pour cela qu'on les coupe à la femme adultère avant son supplice[4], et que le fait d'avoir tondu un enfant sans le consentement de ses parents donne lieu à une composition sensiblement égale à celle du rapt[5]. C'est pour cela encore que les Germains de naissance libre sont parfois, dans les anciens textes, désignés sous le nom de « chevelus »[6]. C'est pour cela aussi que la coupe des cheveux, loin d'exprimer la rupture d'un lien de dépendance, symbolise la formation de ce lien. L'adoption

[1] *Etudes d'histoire de droit*, p. 414 Les circonstances dans lesquelles ces dons sont faits, et que je vais indiquer, ne paraissent laisser à ce sujet aucun doute.

[2] A° 550, cap. 2, ap. PERTZ, *Leges*, t. II, p. 6 ; — Cf. PARDESSUS, *Loi sal.*, *cap. extr.*, 14, p. 334.

[3] Cf. notamment : PARDESSUS, *Loi sal.*, p. 454-455 ; — BERNARD, p. 63 ; — M. PAUL VIOLLET, après avoir rapporté l'opinion de Pardessus, ajoute : « Il me reste à ce sujet des doutes sérieux » (*Droit privé*, p. 521, n. 3).

[4] TACITE, *Germ.*, 19, ci-dessus, 93, n. 4.

[5] Cf. ci-après, 2e part., ch. v. 5, dernière note, et PARDESSUS, *Loi sal. emend.* XXVI, 2-3, p. 292 et XIV, 1-8, p. 286 ; — PARDESSUS (n. 256, p. 375) remarque ici lui-même que les cheveux sont le signe de l'ingénuité. A la fin du VIe siècle, les lois anglo-saxones d'Ethelbert appellent la femme ingénue « *femina capillata* » (HOUARD, t. I, p. 34 : *leg. Ethelbert.* 72 et la note ; — Cf. GRIMM, p. 283-286). Nous verrons, (2e part., ch. I, VI), que, peu à peu, ce symbole se perdit et que la loi finit par être appliquée à la tonsure ecclésiastique.

[6] *Lex sal.*, XXVI, 2 : « *puerum crinitum* » ; — *Leg. Ethelbert.*, *loc. cit.*, ci-dessus, n. 3 ; — Cf. GRIMM, *loc. cit.*, *ibid.*

de Pépin par Liutprand, roi des Lombards, en est un exemple[1]. « Celui qui se laissait couper les cheveux, écrit Jacques Grimm, se soumettait par là en quelque sorte à la puissance paternelle de celui qui les coupait »[2]. Cette cérémonie apparaît donc pour l'enfant avec un caractère tout à fait analogue à celui que nous avons reconnu à la remise des armes et elle devait avoir lieu dans une occasion semblable. Si l'on ajoute que chez les peuples de l'antiquité les diverses époques de l'enfance et de la jeunesse sont consacrées chacune par une solennité spéciale[3], et que, chez les Germains, l'enfant est séparé de l'esclave quelques années avant de pouvoir porter les armes, pour commencer dès lors à s'y préparer sous la direction de son père et des hommes de sa famille[4], on reconnaîtra qu'il y a quelque raison de rapporter à cette époque la cérémonie de la coupe des cheveux[5].

[1] Paul Diacre, cité par Grimm, p. 147.
[2] Grimm, p. 147.
[3] Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 134, 145.
[4] Cf. ci-dessus, p. 106.
[5] Telle est aussi la pensée de du Cange (édit. Favre, v° *Capillus*, in fine), car il dit que la « *capillatoria* » avait lieu à l'âge de 7 ans. C'est l'âge qui paraît avoir été le plus anciennement fixé. A cette époque, la majorité et l'armement solennel avaient probablement lieu vers la dixième année de l'enfant (Cf. ci-après, 2e part., ch. II, I). D'après la loi Salique, la majorité arrive à 12 ans (*Sal. emend*, 26, 1 et 9; premier texte de Pardessus, 24, 1 et 5; second texte, 24, 1 et 7). Au-dessous de 12 ans on distingue le « *puer crinitus* » du « *puer incrinitus* », bien que le wehrgeld soit le même pour l'un que pour l'autre (*Sal.*, 26, 1 : « *sive crinitum, sive incrinitum* »). Le « *puer crinitus* », dans les deux premiers textes de Pardessus, est l'objet d'une disposition spéciale (1er texte, 24, 2; 2e texte, 24, 4), par conséquent, c'est au « *puer incrinitus* » que se rapportent les articles des mêmes textes qui concernent le mineur de 10 ans (24, 1 dans les deux textes). J'en conclus que la coupe des cheveux, à l'époque des invasions, avait lieu à l'âge de 10 ans. La date en était devenue plus tardive en même temps que celle de la majorité. J'en conclus encore que la « *capillatoria* » ne consistait pas à raser les cheveux de l'enfant, mais à les tailler et à les disposer pour la première fois d'une certaine manière qui le distinguait à la fois de l'esclave et de l'homme complètement indépendant. Nous venons de le voir, en effet, c'est par la coupe des cheveux que l'ingénu se distingue de l'esclave, et c'est aussi par la coupe des cheveux que se manifeste, dans l'adoption, sa dépendance, sans qu'il y perde, évidemment, le signe extérieur de son ingénuité. Le terme « *capillatoria* » paraît tout à fait voisin de la locution « *capillum facere* » employée, dans la loi des Burgondes, avec le sens de « couper les cheveux à la manière des hommes libres » (*Lex Burg.*, VI, 4) : « *Quicumque ingenuo aut servo fugienti... capillum fecerit... fugitivi pretium cogatur exsolvere* ». Le mot « *ingenuo* », s'il n'est pas interpolé, pourrait s'appliquer à l'ingénu, fils ou fille, en puissance de père; mais il se rapporte plus probablement

Quoi qu'il en soit, il est certainement impossible de fonder sur cette cérémonie et sur les présents dont elle est l'occasion la preuve de l'émancipation du fils majeur. Il est impossible d'invoquer d'avantage le texte relatif à la *chenecruda*. Il nous montre bien un fils pour lequel son père a déjà payé une composition et qui jette alors la terre du foyer sur un parent moins proche, mais tout indique qu'il s'agit d'un fils établi à part dans les conditions que j'exposerai tout à l'heure. Aussi, n'a-t-on pas cherché, que je sache, à se fonder sur ce texte. C'est un autre chapitre de la loi Salique que l'on met en avant.

« Si quelqu'un a perdu sa femme, dit ce texte, et veut en prendre une autre, il ne peut donner en dot à la seconde ce qu'il a déjà donné en dot à la première; cependant, si ses enfants sont mineurs, il pourra jouir jusqu'à leur majorité des biens de la dot de leur mère; mais il ne pourra aucunement en disposer, soit par vente, soit par donation[1] ». Il résulte en effet de là que le fils a des biens personnels dont il prend, en certain cas, à sa majorité, l'administration et la jouissance. En doit-on conclure qu'il sort de la puissance paternelle? Assurément non. Ne trouvons-nous pas dans le Code Théodosien une disposition toute pareille[2]? Chacun sait pourtant que cela n'empêche nullement la *patria potestas* d'être perpétuelle. Il faut remarquer, en outre, que nous sommes ici en présence d'un texte classé parmi les *capita extravagantia* de la loi salique. Il est postérieur aux invasions. Il applique simplement au cas de secondes noces du père, le principe qui réserve la dot aux enfants du mariage pour lequel elle a été

à l'homme qui a partiellement aliéné sa liberté « *ingenuili ordine* » Grimm donne à ce texte, non sans réticences, d'ailleurs, une signification peu acceptable et tout à fait en désaccord avec le passage de Sidoine Apollinaire qu'il cite aussitôt après (Grimm, p. 284). Cf. *Lex Sal.*, *Capit. extr.*, 11, où le mot « *excapillare* » a le sens de « décoiffer ».

[1] *Lex Sal.*, *cap. extr.*, 8 : Pardessus, p. 331 : « *Si quis uxorem amiserit et aliam habere voluerit, dotem quem primarie uxorem dedit, secundo ei donare non licet; sic tamen adhuc filii parvoli sunt, usque ad perfectam œtatem res uxores anteriores vel dotis causa liceat judicare : sic vero de has vendere nec donare prœsummat* » (Cf. Pardessus, p. 456, 457).

[2] Cod. Theod., VIII, xviii, 3, Constantin a° 334; ap. Godefroy, t. II, p. 651; — Cf. ci-après, ch. IV, II, 4.

constituée : principe consacré, pour le cas de secondes noces de la mère, par un autre texte de la même époque, visiblement inspiré par le droit romain[1]. L'origine de ce texte est, dès lors, évidente : ce n'est pas une ancienne coutume germanique qu'il consacre; c'est une innovation romaine qu'il introduit dans le droit des Francs Saliens. Il est doublement étranger à la question qui nous occupe.

Que reste-t-il donc pour admettre l'existence, chez les Germains, de cette anomalie historique, juridique et sociale : une majorité émancipatrice? Nous avons, je le crois, examiné à fond et sans parti pris les textes dans lesquels on croyait l'avoir découverte : nous ne l'avons trouvée nulle part. Nous ne la rencontrerons même pas à l'époque franque. Elle est le terme d'une évolution qui ne s'achève que dans les temps modernes. L'étude de la condition du fils majeur dans la famille achèvera de nous convaincre que, à l'origine, elle n'existe pas.

Plusieurs savants d'une autorité considérable, se prononcent contre l'opinion que je viens de discuter, mais sans attribuer à la puissance paternelle germanique un caractère véritablement et essentiellement perpétuel. L'enfant, parvenu à l'âge de la pleine capacité, resterait, d'après eux, sous l'autorité de son père tant qu'il habiterait avec lui. Il cesserait d'y être soumis en s'établissant à part, et cet établissement dépendrait uniquement de sa propre volonté[2]. La question est complexe et me paraît devoir se décomposer en trois autres : le fils majeur peut-il quitter quand et comme il lui plaît la maison familiale? Quelle est sa situation tant qu'il y reste? Quelle est-elle quand il en est sorti?

Qu'il puisse la quitter à volonté, on l'admet, semble-t-il, sans discussion. Les savants que je viens de citer n'en apportent pas de preuve. D'autres[3] se réfèrent à ce propos à une

[1] *Sal. capit. extr.*, 7, Cf. PARDESSUS, p. 689.

[2] Cf. GRIMM, p. 462; — SCHULTE, p. 31; — GLASSON, *Instit. de la France*, t. III, p. 4, 41; VIOLLET, *Droit privé*, p. 496, 497, 512. Grimm ne distingue pas d'une manière précise entre l'émancipation résultant de la volonté du père, et celle qui n'en résulte pas.

[3] Voyez notamment : GIDE-ESMEIN, p. 200.

procédure franque qui paraît étrangère à ce point de droit. « Si quelqu'un, dit la loi salique, se veut ôter de la parentèle, qu'il paraisse au mâl devant le *tunginus* ou le centenier. Là, qu'il brise au-dessus de sa tête quatre baguettes d'aulne, et qu'il en jette les débris aux quatre coins du mâl en déclarant rompre avec les siens et pour le serment judiciaire, et pour l'héritage, et pour toute solidarité. Dès lors, si quelqu'un de ses parents vient à mourir ou à être tué, il n'aura aucune part dans la succession ni dans la composition; et, si lui-même meurt ou est tué, ce n'est pas sa famille, mais le fisc, qui recevra son wehrgeld et son héritage[1] ».

La coutume que ce texte consacre paraît très ancienne. Il est peu croyable qu'elle ait pris naissance après les invasions dans une tendance générale à s'affranchir des obligations de parenté « que les mœurs nouvelles du cinquième siècle jugeaient excessives »[2]. La disposition relative au fisc est sans nul doute de date récente, mais les formes de cette *abdicatio parentelæ* portent un cachet d'antiquité que l'on ne saurait méconnaître. Rien n'indique, du reste, que le fils de famille puisse, par l'accomplissement de ces rites, s'affranchir de la puissance paternelle. Le terme de parentèle « *parentilla* » employé par la loi est très général. Il s'applique ici à tout le groupe des individus et des familles entre lesquels le lien du sang établit des droits de succession éventuels et des obligations solidaires en matière de serment, de vengeance, de composition[3]. La procédure en question permet de se soustraire à ces obligations, fort lourdes, en renonçant à tous les droits corrélatifs et à la parenté elle-même : voilà tout[4]. C'est avec cet aspect qu'elle se retrouve encore dans le droit anglo-saxon du dou-

[1] *Lex Sal.*, 63; (Pardessus, p. 318). Je traduis « *de tota ratione* » par « *solidarité* ». *Ratio* signifie en effet un compte à rendre ou à demander. Après avoir indiqué spécialement les effets de la solidarité familiale relatifs au serment et à l'hérédité, les rédacteurs de la loi comprennent tous les autres dans ce terme, qui, du reste, leur convient très bien.

[2] Fustel de Coulanges, *Recherches*, p. 231.

[3] La « *parentilla* » germanique est donc ici un groupe plus étendu que la famille proprement dite. Elle est comparable à la *gentilitas* romaine.

[4] *Sic :* Ozanam, *Et. Germ.*, t. I, p. 128; — Fustel de Coulanges, *Recherches*, p. 230, 231; — Dareste, p. 412; — Viollet, *Droit privé*, p. 484.

zième siècle[1]. Elle paraît clairement être conçue dans le même ordre d'idées que la *chrenecruda* ; peut-être même n'est-elle qu'un moyen offert à certains collatéraux de se soustraire à cette dernière. Celui sur qui la *chrenecruda* est jetée doit tout payer jusqu'à ce qu'il n'ait plus d'autre ressource que de la jeter à son tour et de sortir ainsi de la parenté dépouillé de ses biens ; celui qui rompt les baguettes d'aulne, au contraire, emporte, en sortant de la parenté, ses biens personnels et peut-être, en cas de communauté, sa part des biens communs[2]. Il se pourrait aussi que l'*abdicatio parentelæ* ait eu dans l'adoption germanique le rôle de prélude nécessaire que jouait, dans l'adoption romaine, la *detestatio sacrorum*[3]. Si on la considère simplement comme un moyen de sortir de la famille sans entrer dans une autre, il est impossible de ne pas reconnaître qu'elle devait entraîner, pour celui qui l'accomplissait, des conséquences désastreuses. Avant les invasions, en effet, plus encore qu'après, « c'est une nécessité sociale d'être soi-même chef de famille, capable de porter les armes, ou d'être placé sous le mundium d'un pareil chef[4]. « L'indépendance individuelle n'est rien moins que désirable. Celui qui s'y trouvait réduit n'avait plus de place dans une société où la famille était tout. Comme le remarque si justement M. Glasson, « s'il ne possédait pas de terres qui lui fussent propres » — ce qui arrivait toujours à l'époque de propriété familiale que nous étudions ici — « il semble qu'il ait dû, en fait, perdre toute espèce de capacité politique, et ait été, dans une certaine mesure, aussi malheureux que l'homme mis hors la loi »[5]. Nous voilà loin du fils de famille quittant la maison de son père pour s'établir à part sans rompre d'autres liens que ceux de la communauté domestique, sans perdre aucun des droits que la parenté confère, sans cesser d'être tenu des obligations qu'elle engendre.

[1] *Lois d'Henri Ier*, 88; ap. HOUARD, *Cout. anglo-norm.*, t. I, p. 361.
[2] Cela ressort de la disposition qui attribue au fisc l'hérédité de l'abdicans.
[3] Cf. FUSTEL DE COULANGES, *Cité antique*, p. 57; — VIOLLET, *Droit privé*, p. 484.
[4] FLACH, *Origines*, t. I, p. 64.
[5] GLASSON, *Instit. de la France*, t. III, p. 57.

S'il n'y a pas de preuve que l'établissement séparé dépendît, chez les Germains, de la volonté du fils, il est, au contraire, assez probable qu'il ne pouvait avoir lieu sans le consentement du père. Nous retrouverons, au Moyen-Age, le fils majeur soumis à l'autorité paternelle tant qu'il demeure au foyer familial, et maître de lui-même s'il est parti pour vivre ailleurs de ses propres ressources. Or, nous le verrons, le consentement de son père lui est vraisemblablement nécessaire pour ce départ. A cette époque, cependant, l'autorité domestique s'est considérablement adoucie. Elle a perdu depuis longtemps les caractères rigoureux que nous lui reconnaîtrons bientôt chez les Germains. Les modes d'émancipation sont devenus nombreux. Le moment approche où la majorité toute seule rendra l'enfant maître de lui-même. Est-il vraisemblable que tout ait changé et se soit affaibli, au cours des siècles, dans l'autorité paternelle et que, par une exception unique, elle soit, au contraire, devenue plus forte, ou seulement restée intacte, sur le point qui nous occupe ? Cette exception serait d'autant plus étrange que, d'une manière générale, chez les Aryens, le consentement du chef de la communauté domestique et parfois celui de la communauté tout entière, est nécessaire à ses membres pour s'en séparer. Sans parler des Romains et des Celtes, dont l'organisation familiale primitive nous est suffisamment connue, nous retrouvons cette règle, de nos jours, chez les Slaves du Sud[1], chez les Ossètes[2], chez les Hindous[3], et elle était vraisemblablement admise par les anciens Perses[4].

Ces diverses considérations, j'en conviens, n'engendrent pas une pleine certitude ; mais elles semblent suffisantes pour fonder une probabilité sérieuse. Il faut ajouter que, selon la remarque de M. von Salis, « aucune des anciennes sources du droit français n'accorde au fils dénué de biens propres le droit de réclamer un partage qui eût mis fin à l'autorité paternelle » ;

[1] DEMELIC, p. 48, 133, 134 ; — DARESTE, p. 242 ; cpr. p. 238.
[2] DARESTE, p. 138.
[3] SUMNER-MAINE, *Coutume primitive*, p. 165 ; — Cf. DEVAS, p. 83.
[4] ARISTOTE (*Eth. Nic.*, VIII, 10) présente la puissance paternelle des Perses comme tyrannique.

et que, certainement, ce droit ne lui appartenait pas s'il quittait le foyer contre la volonté du père [1]. C'est une raison de plus de penser que dans le droit primitif, beaucoup plus rigoureux, le père pouvait, non seulement priver de toute ressource matérielle le fils qui voulait se soustraire à son autorité, mais encore s'opposer à l'exécution de ce dessein. Il importerait peu, d'ailleurs, que l'établissement séparé du fils après sa majorité, fût d'usage. Rien ne permet de le supposer ; mais cela ne porterait pas atteinte au caractère perpétuel de l'autorité du père, dès lors que celui-ci resterait maître d'empêcher cet établissement : or, c'est précisément ce qui paraît probable [2].

La situation du fils majeur sous l'autorité paternelle nous est déjà connue en partie. Il a son rôle personnel dans les affaires publiques et privées. Il a voix au conseil et part à l'action. A la guerre, il marche sous les ordres du père de famille ou du chef auquel il s'est attaché en qualité de compagnon. Pendant la paix, il suit ce chef dans les expéditions qu'il entreprend. S'il reste à la maison, il partage probablement la vie oisive de son père [3] ; mais nous savons que la paix est rarement longue en Germanie, et que, lorsqu'elle dure, les jeunes gens partent volontiers, par bandes, combattre pour d'autres tribus que la leur [4]. Le mariage est tardif [5] et le père, le conseil même de la famille, interviennent sans doute aussi bien du côté du fiancé que du côté de la fiancée. S'il s'agit, en effet, pour les uns de recevoir le prix de vente et de consentir à ce que la famille perde un de ses membres, il s'agit, pour les autres, de payer ce prix et d'accorder à une étrangère l'entrée de la société domestique. L'émancipation par mariage

[1] V. SALIS, p. 172, 173. Sur ce partage dans les codes germaniques, V. ci-après, 2e part., ch. II, II, 2.

[2] Cf. HEUSLER, t. I, p. 113-114, et ci-dessus, p. 107, n. 7, *in fine* : Si le texte burgonde cité à cet endroit s'appliquait à l'enfant en puissance, il prouverait que ce dernier n'a pas le droit de quitter sans autorisation le toit paternel. Toutefois, même en ce cas, il pourrait n'avoir trait qu'à l'enfant mineur. J'ai dit qu'il me paraît viser plutôt une hypothèse étrangère à l'autorité paternelle.

[3] TACITE, *Germ.*, 15.

[4] TACITE, *Germ.*, 14.

[5] TACITE, *Germ.*, 20 : « *Sera juvenum venus; ideoque inexhausta pubertas* ».

est certainement inconnue. Même après les invasions, c'est à peine si elle se laisse pressentir au neuvième siècle dans une loi romaine des barbares : encore est-ce sous le voile de l'émancipation par établissement séparé avec le consentement du père[1]. Le fils majeur jouit avec les autres membres de la famille des biens que celle-ci possède. Il a certainement aussi à son usage particulier des objets mobiliers dont il est regardé comme seul propriétaire : ses vêtements, ses armes et son cheval, que l'on brûle après sa mort sur son bûcher[2]; les dons qui lui ont été faits lors de la coupe des cheveux ou de l'armement solennel; ceux qu'il reçoit du chef dont il est le compagnon, — ce sont, d'ailleurs, des pièces d'équipement[3]; — peut-être, en certains cas, les prises qu'il fait sur l'ennemi. Nous savons, d'autre part, que les compositions auxquelles peuvent donner lieu les actes qu'il commet ou dont il est victime sont payées ou reçues par sa famille. Elle recevait peut-être aussi la part du guerrier dans le butin, du moins lorsqu'il ne s'agissait pas d'objets qu'il pût consacrer à son usage exclusif[4]. Les Germains étant avant tout adonnés à la guerre, la question de savoir quelle pouvait être la capacité contractuelle du fils majeur demeure sous l'autorité paternelle, n'offre pas un grand intérêt. Il pouvait assurément jouer, ou échanger contre d'autres, les objets qui lui étaient propres[5]. Quant aux biens communs, c'était évidemment au père ou à l'assemblée familiale qu'appartenait le droit d'en disposer. Il en est encore ainsi de nos jours chez les Slaves du Sud et chez les Ossètes, qui pratiquent la propriété familiale avec jouissance commune, et la propriété individuelle tant des objets d'usage personnel que des

[1] *Lex Romana Rœtica Curiensis*, XXII (Galli), 6, interp. ; ap. PERTZ, *Leges*, t. V, p. 409 : « *Et alio modo filii emancipantur aut si ad ipsos filios uxores dederint ut in sua ipsorum potestatem eos dimittat vivere* ». Voir *ibid.*, XXIII (Pauli Sent), 7, p. 412; — Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 523; — KOENIGSWARTER (p. 139, 140) et BERNARD (p. 63) affirment sans l'ombre d'une preuve que le mariage émancipe chez les Germains et dans le droit franc (V. ci-après, 2e part., ch. III, I).

[2] TACITE, *Germ.*, 27 : « *Sua cuique arma, quorumdam igni et equus adjicitur* ».

[3] TACITE, *Germ.*, 14.

[4] C'est ce qui devait arriver notamment quand le butin était du bétail.

[5] TACITE, *Germ.*, 5 et 24.

objets mobiliers acquis au prix de quelque risque particulier[1].

La situation du majeur sorti de la famille paraît plus difficile encore à déterminer que celle du majeur demeuré sous l'autorité paternelle. Ces difficultés s'atténuent beaucoup si l'on admet que le consentement du père est nécessaire au fils pour qu'il puisse être émancipé en s'établissant à part. Il devient, en effet, vraisemblable dès lors que ce consentement n'est donné qu'au fils capable de suffire, et que celui-ci, reçoit en s'en allant, une part des biens communs. Sa condition sera celle du chef de famille avec un royaume plus petit, et des sujets moins nombreux. Le petit groupe dont il sera devenu le fondateur restera, d'ailleurs, dans la parentèle : il sera protégé par les groupes plus puissants et soutenu par la solidarité qui l'unit à eux. Il faut remarquer d'autre part, que cet établissement séparé n'a jamais lieu de très bonne heure. Le jeune homme entre ordinairement, peu après sa majorité, dans le compagnonnage d'un chef, et passe sa vie, jusqu'à un certain âge, à courir les aventures. S'il songe à quitter sa famille, ce ne peut guère être avant le mariage, car ce sont les femmes qui sont chargées des détails matériels de l'existence et des travaux que l'homme libre juge indignes de lui : or le mariage est assez tardif. Si le fils est affranchi auparavant de l'autorité paternelle, ce ne peut être que pour entre par adoption dans une autre famille, où il retrouvera la situation qu'il avait dans la sienne. Il ne faut pas confondre enfin, le fils qui est, en fait, éloigné du foyer, avec celui qui est, en fait et en droit, établi à part. Le premier — tel est, par exemple, le jeune guerrier parti comme compagnon pour quelque expédition lointaine — le premier reste sous la puissance de son père : elle le ressaisira dès son retour. Il fait encore partie de la communauté familiale où sa place lui est gardée[2]. Le second

[1] Sumner-Maine, *Coutume primitive*, p. 339, 340 ; — Dareste, p. 137, 138, 243 ; — Cpr. Demelic, p. 53-55.

[2] On pourra se faire une idée approximative de sa condition en lisant les détails que donne M. Demelic, d'après le professeur Bogisic, sur les usages des Slaves du Sud relativement au membre de la famille séparé en fait et non en droit de la

devient indépendant; il cesse de compter dans la communauté; il a son foyer propre : c'est tout autre chose.

La situation de la fille ne donne pas lieu aux mêmes incertitudes que celle du fils. Elle reste, incontestablement, sous l'autorité de son père, jusqu'à ce qu'elle sorte de la famille et passe sous l'autorité de son mari. J'ai déjà dit que le contrat qui intervient alors est une vente. Cette vente a pour objet la femme elle-même et non pas seulement le *mundium* sur elle. Il est tout à fait invraisemblable, en effet, que les Germains aient fait une distinction juridique aussi subtile. Les termes usités dans leurs lois et conservés ensuite dans le langage populaire de France et d'Allemagne jusqu'à une époque très tardive,

communauté domestique. Il faut tenir compte, cependant, des différences que l'état social de ces populations présente avec celui des anciens Germains. Elles vivent en paix, elles sont chrétiennes, elles ne méprisent pas le travail, elles s'adonnent à l'agriculture et au commerce, elles sont soumises depuis des siècles à l'influence ambiante de la civilisation européenne qui tend à faire disparaître chez elles le collectivisme familial. Il y a un abîme entre elles et les barbares du IIe siècle. Encore n'ai-je parlé ici, ni de la configuration du sol, ni du climat des pays qu'elles habitent. Il n'est pas douteux, d'autre part, que les droits de l'absent sur ses gains devaient être autrefois, chez elles, beaucoup plus restreints, et que le règlement de ces droits devait relever de la coutume et non de la convention des parties. C'est sous le bénéfice de ces réserves, que je citerai quelques passages du résumé de M. Demelic : « Un usage très répandu parmi les Serbes, dit-il, est d'envoyer un ou plusieurs membres de la communauté chez une nation voisine pour y chercher fortune. On entreprend aussi des voyages en pays étranger lorsqu'il n'y a plus aucun travail dans la maison ou que la misère force quelques membres à s'expatrier temporairement. Dans ce cas, le profit appartient toujours à la communauté. Les familles bulgares suivent à peu près le même usage. Lorsqu'il y a deux frères, le cadet s'en va d'habitude chercher du travail hors de la maison. Il arrive souvent que des associés restent absents pendant des années entières. Ils se livrent au négoce et amassent presque toujours une petite fortune... Si l'associé a quitté sa famille par ordre du chef, ce qu'il a gagné appartient à la caisse commune, mais s'il est parti de sa propre volonté » avec le consentement du chef, « il peut garder son gain. Les communautés passent quelquefois des conventions avec ceux qui partent. Ces sortes de contrats tranchent alors la question du gain; mais l'associé donne presque toujours une partie de son pécule à la communauté, surtout si elle est plus pauvre que l'heureux émigrant. Par contre, si la communauté est riche, elle soutient son associé lorsqu'il se trouve dans une situation malheureuse. L'associé absent ne perd jamais ses droits sur les biens de la communauté..... En cas de partage il retire sa quote-part, mais non sur les biens acquis pendant son absence, car il n'a pas contribué à leur acquisition. Les Serbes de Hongrie refusent même à l'associé sa quote-part, s'il est revenu dans la famille sans y apporter quelque chose de son gain..... En Bulgarie, celui qui reste à la maison ne peut demander aucun compte touchant l'administration des biens communs, s'il ne donne pas au chef l'argent qu'il a gagné ». (DEMELIC, p. 54, 56; — Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 513, n. 1).

démontrent surabondamment qu'elle ne leur est pas venue à l'esprit[1].

On s'est appuyé, il est vrai, pour affirmer le contraire, sur un texte de Tacite. « Ce n'était là, dit-on, qu'un pur symbole... Ce qui le prouve, c'est que le prix de cette prétendue vente était payé par le futur époux, non pas à la famille de la fiancée, mais à la fiancée elle-même et devenait son douaire. Tacite le déclare expressément »[2]. S'il est vrai que Tacite, dans le texte, cité, parle du prix d'achat, il a été évidemment mal renseigné, car, plus tard, quand déjà la capacité personnelle de la femme a pris une extension notable, c'est encore sa famille qui s'entend avec le fiancé et reçoit de lui le prix des noces[3]. D'autre part, l'historien romain ne semble pas avoir très bien compris les coutumes dont il parle, ni s'être préoccupé de leur caractère juridique. Il ne distingue pas le prix d'achat, versé par le mari, des donations et des présents échangés de part et d'autre[4]. Il confond ensuite le tout avec les objets symboliques qui figurent dans la solennité nuptiale, et il présente, de la vaste allégorie qu'il découvre de la sorte, une explication où l'éloquence du moraliste a plus de part que la sagacité de l'historien[5]. C'est d'ailleurs au point de vue moral qu'il se place, et ce serait errer que d'interpréter ses paroles comme si elles avaient une précision juridique. Il pense aux mœurs romaines : « Ce n'est pas », comme parmi nous,

[1] Voyez ci-après, 2e part. ch. I, VII, vers la fin. Dès le début de l'époque franque, d'ailleurs, il n'y avait plus d'achat proprement dit, au moins chez les Francs.

[2] GIDE-ESMEIN, p. 205; — TACITE, *Germ.*, 18 : « *Dotem non uxor marito sed uxori maritus offert : intersunt parentes et propinqui et munera probant. In hæc munera uxor accipitur* ».

[3] Cf. GRIMM, p. 422, 423, *in fine* : « *Dass sie (diese munera) der Braut bloss in Gegenwart und mit Billigung der Eltern dargebracht werden scheint eine ungenaue Beobachtung, da in jener Zeit noch weniger als in späterer die Tochter eigenmächtig handelte* ».

[4] TACITE, *Germ.*, 18 : « *In hæc munera uxor accipitur, atque invicem ipsa armorum aliquid viro offert...* » et la suite du chapitre.

[5] TACITE, *Germ.*, 18, seconde moitié du chapitre. La raison des coutumes primitives échappe, en général, aux écrivains romains. J'ai relevé plus haut ce que dit Tacite des causes de l'isolement des maisons et de la polygamie des nobles en Germanie; — CÉSAR, *De bello gallico*, VI, 22, prête, de son côté aux Germains, pour expliquer leur régime de propriété foncière, des considérations politiques, économiques et sociales trop profondes pour eux (Cf. DE VALROGER, p. 100, 101).

« la femme qui apporte une dot à son mari, dit-il d'abord » ; puis, voulant faire ressortir que, chez les Germains, le mari, bien loin de recevoir, donne, il trouve naturellement l'antithèse qui met en lumière cette différence : « C'est le mari qui apporte une dot à sa femme ». Il ne s'occupe visiblement pas de savoir si le mari donne autre chose, ni ce que deviennent les biens qu'il fournit ; il ne cherche même pas à préciser le rôle des proches. Ils en ont un dans la cérémonie « *intersunt* ». Ils donnent leur approbation lors de la réception des présents, « *munera probant* ». Telles sont les indications générales dont Tacite se contente. Rien, dans son texte, ne s'oppose à ce que l'on puisse admettre l'existence du mariage par achat chez les Germains. La généralité de cet usage chez les peuples primitifs[1], les termes si décisifs des lois barbares, ne permettent pas d'hésiter à ce sujet.

Il ne faudrait pas croire, d'ailleurs, que la jeune fille fut vendue comme une tête de bétail, et je ne sais rien de plus ridicule que la façon sentimentale dont on a présenté et apprécié parfois ce vieil usage. Le père, dit-on, vendait d'abord « la beauté de sa fille », puis quand « ce marché odieux eut disparu, le prix ou la représentation du prix appartint exclusivement à la fiancée. C'est alors que les tribus barbares cherchèrent les formes les plus affectueuses pour effacer l'origine des dons qui représentaient l'achat primitif. Chaque fleur détachée de la couronne virginale était marquée par un gage d'affection et de reconnaissance pour en faire oublier le sacrifice à la jeune fille. C'est ainsi que les coutumes barbares se sont transformées, et que ce prix du *mundium*, qui souillait d'abord les mains du père de famille, est devenu un bienfait en facilitant l'émancipation de la fille. Ce marché, ce calcul qui révolte tous les sentiments du cœur et qui désenchante jusqu'à la présence de la jeune fille dans la maison paternelle, devient le témoignage de l'amour... Est-il rien de plus touchant que la confiance des barbares abandonnant la revendication des dons faits par l'époux le lendemain du mariage,

[1] Cf. Westermarck, p. 378 et s.

sur la seule affirmation de la veuve? Il lui suffisait de jurer *per pectus suum*, par son sein... Comme nous sommes loins, avec nos contrats, de cette grâce et de cette délicatesse[1] ».

Voilà des Germains qui ressemblent aux vrais Germains comme les bergers de Florian à de vrais bergers. Cette quintessence sentimentale n'est pas le fait des primitifs en ces matières. La leur prêter est un anachronisme très choquant, et l'on ne saurait juger équitablement leurs coutumes d'après nos idées. Qu'y a-t-il au surplus, dans toute cette phraséologie? Le marché, — et il y aura du marché dans le mariage tant qu'il faudra manger pour vivre, tant que les hommes aimeront la richesse, tant qu'ils diront : « donnant, donnant », — le marché n'était pas plus odieux lorsque le père en touchait le prix que lorsque ce fut la fille. Ce prix n'avait pas le caractère qu'on lui suppose. Ce qu'il représente ce n'est ni l'amour ni la beauté de la femme : c'est son utilité, ce sont les avantages que procurera au mari et aux proches du mari son entrée dans la société domestique. Elle prendra soin de leur foyer; elle travaillera pour eux; elle donnera des descendants à leurs ancêtres, des membres vigoureux à leur famille, ainsi rendue plus forte et plus riche; elle établira enfin une alliance très profitable entre cette famille et la sienne. Voilà ce que paie le prix de la femme. Pour le reste, les barbares n'y mettent pas tant de façons. Les symboles les plus poétiques, les cérémonies les plus charmantes n'ont même pas, chez eux, l'origine sentimentale que l'on assigne à ces choses bien plus positives : les dons. Ce qui fait leur poésie et leur charme, c'est leur naïveté, leur simplicité, leur franchise. Non, les présents ne sont pas des compensations « pour chaque fleur détachée de la couronne virginale ». Cette couronne est une parure que l'on quitte volontiers chez les primitifs. Les enfants sont pour eux le vrai diadème de la femme, et c'est la maternité qu'elle envisage comme un honneur. La foi même prêtée au serment de la veuve, n'est nullement affaire de délicatesse et de grâce. Le serment est sacré pour l'homme essentiellement religieux qu'est le Barbare. Il n'y a pas, à son avis, de preuve plus irréfra-

[1] BERNARD, p. 59, 60.

gable. « Témoins passent lettres » dira-t-on plus tard encore, parce que le parjure est un crime si grand, si ignominieux aux yeux de tous, qu'il est tenu, *à priori*, pour moins supposable que le faux. Il n'y a là ni grâce ni délicatesse : il y a croyance ; et si c'est la poésie que l'on cherche, je la trouve plus belle dans cette forte et noble croyance que dans toutes les mignardises imaginables.

La jeune fille était-elle admise à donner son avis sur l'union projetée pour elle et tenait-on compte de cet avis ? Rien n'autorise ni à l'affirmer ni à le nier. Son père et ses proches semblent avoir eu, en principe, le droit de la marier sans la consulter, mais l'existence d'un usage contraire ne serait nullement incompatible avec le caractère de véritable vente que nous venons de reconnaître au mariage des Germains.

Il ne me reste que peu de chose à ajouter pour achever de faire connaître l'étendue de l'autorité paternelle germanique. En étudiant la condition des personnes qui s'y trouvent soumises, et, auparavant, en délimitant son domaine, j'ai été amené à exposer presque tout ce qu'il nous importe de savoir du pouvoir du père sur les biens. Je rappellerai seulement ici que les filles sont exclues de la succession. Nous retrouverons plus loin cette coutume. Je ne la mentionne à présent que comme un trait propre à nous faire reconnaître une fois de plus le caractère patriarcal et agnatique de la famille germaine[1]. Tacite nous apprend, d'autre part, que le fils aîné succède à son père dans le sacerdoce familial et le gouvernement de la communauté domestique[2]. Le testament, dit-il encore, est in-

[1] Tacite mentionne, il est vrai, l'oncle maternel parmi les héritiers éventuels : *Germ.*, 20 : « *Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculi* ». Mais il faut remarquer que les lois franques appellent aussi à la succession les parents par les femmes, et leur enlèvent tout aussitôt le droit de recueillir les biens proprement familiaux : « *terra salica, hereditas aviatica* ». Le droit reconnu aux cognats de recueillir certains biens, ne prouve donc pas que la famille ne fût pas agnatique, puisque c'est précisément le bien familial, qui, en cette qualité, est réservé aux agnats (*Lex Sal.*, 59, 62) ; Pardessus, p. 318 ; — *Lex Rip.*, 56, ap. Pertz, *Leges*, t. V, p. 240 ; — Cf. ci-après, 2e part., ch. V, ii).

[2] Tacite, *Germ.*, 32 : « *Inter familiam et penates et jura successionum equi traduntur : excipit filius, non ut cætera, natu major, sed prout ferox bello et melior* ». Tacite relève dans ce passage, comme un trait particulier à la tribu des Tenctères, leur goût pour les chevaux. Sur ce texte, voyez ci-après, 2e part. ch. V, ii, vers la fin.

connu « *nullum testamentum* ». Il n'en peut guère être autrement avec le régime familial de propreté collective en usage chez les Germains. Le père qui voulait hexéréder son fils, n'avait au reste, qu'à l'exclure de la famille ou à le donner en adoption, s'il n'aimait mieux le vendre. Il pouvait ensuite sans doute, se donner un autre héritier par une procédure analogue à celle que la loi Salique nous fait connaître sous le nom d'*affatomie*, et qui rappelle le testament *calatis comitiis* des Romains. On n'y procède qu'à défaut de postérité : c'est à la fois une adoption et un testament[1].

Nous connaissons déjà divers autres modes d'adoption[2], et nous savons que l'enfant adoptif est assimilé aux autres enfants. Quant aux bâtards, si nous en croyons Tacite sur la pureté des mœurs germaines, il ne devait s'en trouver que fort peu dans les forêts d'outre-Rhin. Nous ne possédons aucun moyen de nous renseigner sur leur condition par rapport à leurs parents en ces temps antiques : mieux vaut donc attendre d'en être venus à une époque plus récente pour parler d'eux.

III

Caractère de l'autorité paternelle germanique.

Tacite ne parle pas de la puissance paternelle en Germanie[3]. Ce silence est assez surprenant pour que l'on soit en droit d'en chercher l'explication et de se demander ce qu'il faut en induire relativement à cette puissance. Supposer qu'elle offrît chez les Germains des caractères opposés à ceux qu'elle présentait à Rome, ce serait rendre ce silence à peu près inexplicable. Une différence de cette sorte eût été extrêmement remarquable pour un Romain. César, rencontrant chez les

[1] *Lex Sal.*, 48 : Pardessus, p. 307 ; — Cf. Viollet, *Droit privé*, p. 862 et ci-après, 2e part. ch. II, II, 2.

[2] L'adoption par les armes, par la coupe des cheveux (Cf. ci-dessus, p. 103 et 108). Il y a d'autres modes d'adoption qui remontent aussi peut-être à une haute antiquité, nous les retrouverons plus loin.

[3] Voir l'explication des passages de l'historien dans lesquels on a cru qu'il en parlait, ci-dessus, p. 91 et s. ; 98 et s. ; 106 et s.

Gaulois une particularité bien moins importante, n'a pas manqué, nous l'avons vu, de la signaler. Que Tacite ait pu l'ignorer, si elle existait, ce n'est guère croyable ; qu'il l'ait tue, ne l'ignorant pas, soit qu'il la jugeât de peu d'intérêt, soit qu'il voulût dissimuler en elle un trait capable de nuire, dans l'esprit de ses lecteurs, au peuple proposé par lui à leur admiration, c'est inadmissible. Il a pu embellir les qualités de ce peuple et pallier ses défauts ; il ne cache aucun de ceux-ci. C'est par lui que nous connaissons l'aversion des Germains pour le travail[1], leur ignorance et leur grossièreté[2], leur saleté[3], leur passion pour la boisson[4] et pour le jeu[5], la violence de leur caractère[6]. Il faut observer, en outre, qu'il s'attache surtout à relever ce qui distingue leurs mœurs et leurs institutions des mœurs et des institutions romaines. S'il garde le silence sur le pouvoir du père de famille, n'est-ce pas dés lors, tout simplement, parce qu'il n'avait rien de particulier à en dire, ce pouvoir présentant chez eux les mêmes traits essentiels qu'à Rome ? Je veux bien qu'il n'y ait pas là une preuve décisive de cette ressemblance ; mais il y a une présomption, et c'est assez pour nous permettre de demander cette preuve à des documents et à des faits étrangers aux Germains de Tacite, et postérieurs à son époque.

La puissance paternelle portait, chez les Germains, un nom que l'on traduisit, lors des invasions, par le mot « *mundium* ». Ce nom ne lui était pas réservé. C'était un nom générique, servant pour tous les rapports de droit, nombreux et divers, dont elle est le type, mais qui n'offrent pour la plupart, avec elle qu'une imcomplète ressemblance[7]. Cette identité de nom entre tant de choses différentes a été la première cause d'une confusion analogue à celle que l'on a commise, en faisant de

[1] TACITE, *Germ.*, 14, 15, 26.
[2] *Ibid.*, 16-19.
[3] *Ibid.*, 20.
[4] *Ibid.*, 22-23.
[5] *Ibid.*, 24.
[6] *Ibid.*, 25.
[7] J'emploierai la plupart du temps le mot « *mundium* » seul pour désigner exclusivement le mundium paternel. Lorsqu'il s'agira d'un autre mundium j'aurai soin de le faire connaître.

la *patria potestas* une institution créée dans un but politique et organisée uniquement dans l'intérêt du père[1].

On a cru remarquer que, dans le droit franc, les diverses espèces de *mundium* avaient pour trait commun la protection des incapables et des faibles. De cette remarque, inexacte en partie[2], on a conclu, plus inexactement encore, que le *mundium* paternel, type de tous les autres, était à peu près exclusivement fondé sur une idée de protection.

On s'est complu dès lors à l'opposer à la *patria potestas*, à établir des contrastes entre la famille germanique et la famille romaine : l'une république, l'autre monarchie ; l'une vivant et agissant toute entière dans la solidarité, l'autre absorbée par le despotisme du père ; l'une ayant pour base l'idée de protection l'autre reposant sur celle d'autorité ; l'une conforme au droit naturel, l'autre arbitrairement créée par le législateur[3]. Cependant on laissait dans l'ombre par là même un fait plus considérable que ces différences.

En distinguant avec soin les diverses variétés du *mundium* et les diverses phases de son évolution, on remarque, en effet, que les comparaisons ainsi conçues en termes généraux, ne peuvent pourtant être établies avec justesse qu'entre le *mundium* de l'époque franque et la *patria potestas* de l'époque classique. Si l'on remonte plus haut dans le passé, si l'on

[1] Cf. ci-dessus, p. 41 et s.

[2] Cf. ci-après, p. 128 et s.

[3] En ce sens plus ou moins : Lehuërou, *Inst. Carol.*, p. 67, 4° ; — Pardessus, *Loi Sal.*, diss. III, p. 451-454 ; — Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*, t. I, p. 39 ; — De Valroger, p. 167 ; — Laferrière, t. III, p. 154 ; — Gide-Esmein, p. 199 ; — Glasson, *Inst. de la France*, t. II, p. 37 et s. ; 45, 49 et t. III, p. 2, 4, 5 ; — Flach, *Origines de l'ancienne France*, p. 61, n. 4. Je suis fort loin d'ailleurs, comme on va le voir, d'être en complet désaccord avec des autorités aussi considérables. J'ajoute que plusieurs de ces savants n'ont entendu parler que du droit franc postérieur aux invasions. Il y a, chez eux, moins une inexactitude qu'une lacune, résultant de ce qu'ils ne cherchent pas si la prédominance de l'idée de protection dans ce droit vient du développement normal des institutions germaniques, ou n'est pas due plutôt à quelque influence étrangère. Bernard admet (p. 55) que le *mundium* fut à l'origine une puissance absolue non protectrice ; mais il attribue à l'influence de la religion même des Germains la transformation qu'il subit dans la suite. C'est une erreur évidente, le culte des ancêtres, élément principal de cette religion, ne pouvant orienter l'évolution du *mundium* que dans un sens opposé à celui qui fut le sien.

compare à la *patria potestas* primitive le *mundium* primitif, les différences n'existent plus. Ce sont deux institutions dont l'évolution part de points à peu près identiques et s'opère, pendant un certain temps, dans le même sens. C'est seulement ensuite que la marche de l'une s'oriente en un sens tout opposé à celle de l'autre, la *patria potestas* subissant dans l'antiquité la transformation lente que j'ai décrite et finissant par former la puissance paternelle de notre droit écrit, le *mundium* perdant après les invasions ses caractères essentiels et donnant naissance à la mainburnie de nos coutumes.

L'importance que peuvent avoir, pour l'histoire de l'autorité paternelle en France, la constatation de ce fait et la connaissance de ses causes, ne saurait échapper à personne ; et l'on peut juger dès maintenant s'il y avait exagération à dire que, sans une étude approfondie des origines du *mundium*, cette histoire ne peut être ni bien comprise ni même complètement connue[1].

Les arguments sur lesquels on s'appuie pour présenter le *mundium* paternel comme un pouvoir essentiellement protecteur sont nombreux et divers ; mais l'étude approfondie que nous avons faite de son étendue va nous permettre d'en écarter d'abord un certain nombre, et des plus forts. Je veux parler de ceux qui reposent sur le caractère temporaire attribué à ce pouvoir. Qu'il prenne fin de plein droit, dès qu'il cesse d'être nécessaire à la faiblesse de l'enfant, c'est-à-dire au moment de la majorité, il ne nous est plus possible de l'admettre. Si, d'autre part, il survit à cette nécessité, c'est qu'il n'a pas pour but essentiel d'y pourvoir et qu'il n'est pas fondé avant tout sur une idée de protection.

Nous n'avons pas à discuter non plus l'opinion de ceux qui prétendraient trouver dans l'évolution du *mundium* une raison suffisante de lui attribuer un tel fondement[2]. La question, en effet, est précisément de savoir si son sort ultérieur répond à ses origines. Nous pouvons aussi ne pas nous arrêter davantage

[1] Ci-dessus, p. 69.
[2] Cf. Flach, *Origines*, t. I, p. 61, n. 4 : « Si l'on en juge par son sort ultérieur, l'idée de protection l'emportait, dans le mundium, sur celle de pouvoir ».

au fait, relevé par Pardessus[1], que la composition à payer pour le meurtre est plus forte chez les Francs si la victime est mineure de douze ans que si elle est majeure. Admettons que cette disposition soit antique, et ait pour but la protection des mineurs[2], que peut-on en conclure ? Que les Germains se préoccupaient d'assurer cette protection, rien de plus. Or, c'est ce que nul ne conteste. Nous ne cherchons pas si, dans leur pensée, le *mundium* avait quelque chose de tutélaire — cela n'est pas douteux — mais bien si ce caractère tutélaire l'emporte, dans le *mundium* primitif, sur tous les autres, et forme le trait distinctif de cette institution[3]. Nous pouvons écarter, enfin, comme étranger à cette question, le texte dans lequel un ancien commentateur du droit lombard déclare que, d'après ce droit, les fils ne sont pas en la puissance de leur père « *in potestate patris* »[4]. Ce texte ne s'applique, en effet, qu'au droit lombard du moyen-âge. Il n'a pas, en ce moment, pour nous plus d'importance que le vieux brocard coutumier : « Puissance paternelle n'a lieu ».

Nous restons donc en présence d'une seule catégorie d'arguments. Je les indiquais tout à l'heure, et ils peuvent se résumer en ces termes.

La protection des faibles est le caractère généraldes lois germaniques. Ce caractère se retrouve en particulier, dans l'organisation de la famille. La condition même de l'esclave y est douce et relativement indépendante. On ne distingue pas,

[1] PARDESSUS, *Loi Sal.*, diss., III, p. 454.

[2] Ni l'un ni l'autre de ces points n'est démontré. Il se pourrait que la disposition fut relativement récente et eût été inspirée par des raisons étrangères à l'idée de protection.

[3] La *patria potestas* aussi a quelque chose de tutélaire.

[4] KOENIGSWARTER, p. 139. C'est une tendance générale de rapporter aux Germains des invasions, voire même à ceux de Tacite, les textes rangés sous une étiquette germanique, quelle que soit la date de leur compilation, lorsqu'ils n'ont pas le cachet romain, et ne sont pas eux-mêmes visiblement datés par ailleurs. Il y a là une source perpétuelle et féconde de toutes sortes d'erreurs. On ne tient pas assez compte de ce fait que les dates de rédaction de ces textes, s'échelonnent le long d'une période de 800 ans, depuis la loi salique, contemporaine de Clovis, jusqu'aux commentaires Lombards et aux lois norvégiennes ou Islandaises des XII[e] et XIII[e] siècles (Voyez à ce sujet les excellentes observations de M. GLASSON, *Succession barbare*, p. 5 à 7).

comme à Rome, plusieurs puissances : l'autorité de l'agnat sur son pupille, celle du mari sur sa femme, aussi bien que celle du chef de bande sur ses compagnons et celle du roi sur les personnes qui dépendent directement de lui, portent toutes le nom de mundium et ont surtout pour objet la protection des incapables et des faibles. L'autorité paternelle n'est pas désignée par un autre mot, rangée dans une autre catégorie de rapports juridiques : comment serait-elle conçue dans un autre esprit ?[1]

Cette argumentation ne paraît pas décisive. La conclusion ne sort pas nécessairement des prémisses ; et l'exactitude de celles-ci, même pour l'époque franque, à plus forte raison pour l'époque antérieure aux invasions, paraît à certains égards, contestable.

Protéger les incapables et les faibles, n'était assurément, pas je l'ai déjà dit, une idée étrangère aux Germains, même encore païens et sauvages ; mais que cette idée domine leurs coutumes et forme le trait caractéristique de leurs lois, on peut en douter. Nous avons vu qu'une des principales dispositions qui puissent paraître, dans ces lois, inspirées par cette idée, l'augmentation du wehrgeld des femmes, dérive de considérations bien différentes[2].

Les mythes et les légendes germaniques révèlent avant tout le culte de la force et le mépris de la faiblesse. En apparence, sans doute, les tarifs de composition que sont les codes barbares semblent avoir pour but de prévenir les abus de la violence, et d'éviter que, dans les hasards des luttes privées, le crime du fort échappe à la vengeance du faible. Regardons pourtant de plus près : nous verrons le faible livré sans défense à l'injustice du fort. La composition n'est pas une satisfaction offerte à l'innocent impuissant à se faire lui-même justice : c'est une ressource offerte au criminel qui ne se sent pas de taille à braver la famille de sa victime. S'il est le plus puis-

[1] J'emprunte ici quelques expressions à PARDESSUS, *Loi Sal.*, p. 451 ; — KOENIGSWARTER, p. 138, 139 ; — LAFERRIÈRE, t. III, p. 154, 155 ; — GLASSON, *Institut. de la France*, t. III, p. 5.

[2] Cf. ci-dessus, p. 86 et s.

sant, que pourra faire celle-ci ? Elle portera la cause au tribunal : mais le coupable, pour se faire absoudre, n'aura qu'à jurer de son innocence, en se faisant assister d'un certain nombre de cojurateurs qui attesteront qu'on peut l'en croire sur son serment. S'il ne les présente pas, l'affaire se terminera le plus souvent par un combat judiciaire, c'est-à-dire par le triomphe du plus fort[1].

« La constitution de la famille, observe avec raison Ozanam, ne laisse voir aussi d'abord que le règne de la force ». La parenté engendre, il est vrai, une solidarité étroite, « mais cette association des forts n'a rien de bienfaisant pour les faibles, pour ceux que l'âge ou les infirmités éloignent des champs de bataille. C'est sur eux que retombent les travaux domestiques, jusqu'au jour où, devenus inutiles, ils n'ont plus qu'à mourir. Les Hérules jetaient dans les flammes leurs malades et leurs vieillards. En Suède, les pères qui vivaient trop, prévenaient l'impatience de leurs fils en se précipitant du haut des rochers[2] ». J'ai dit ce qu'il faut penser de la condition de l'esclave[3] : il serait difficile d'indiquer en quoi et contre quoi ce faible est protégé.

Passons donc aux diverses sortes de mundium. La tutelle de l'agnat sur son pupille est toute dans l'intérêt du tuteur. « Chez les Francs, écrit M. P. Viollet, la tutelle primitive se laisse deviner, si je ne me trompe, dans toute sa crudité native : évidemment, le tuteur ou mieux le maimbour, est souvent le loup qui dévore la brebis... La position du mineur orphelin paraît avoir été très périlleuse. Les textes nombreux du huitième et du neuvième siècle qui le recommandent à la pitié publique et privée ne sont certainement pas des recommandations officielles, sonores et creuses[4] ». Il n'en va pas autrement du mundium sur la femme. C'est un droit appréciable en argent. Il figure dans l'héritage du père. Chez les Lombards, les héritiers mâles se le partagent comme le reste de la suc-

[1] Cf. OZANAM, *Ét. germ.*, t. I, p. 144, 152; KURTH, t. I, p. 71, 72.
[2] OZANAM, *Ét. germ.*, t. I, p. 120-122; — Adde : KURTH, t. I, p. 78 et s., et ci-dessus, p. 96, n. 4.
[3] Cf. ci-dessus, p. 80, n. 3 et p. 93 texte et n. 1.
[4] VIOLLET, *Droit privé*, p. 533.

cession : deux tiers aux légitimes et un tiers aux bâtards[1]. Le mari le paie encore à l'époque où l'achat matrimonial n'a plus pour objet la femme elle-même. Le mundoaldus peut le céder à un tiers à prix d'argent[2]. Si l'on ajoute que ce mundoaldus, comme celui du mineur, est ordinairement l'héritier présomptif de la femme, il sera difficile de ne pas souscrire, pour la femme comme pour le mineur, à cette affirmation de M. P. Viollet. « Le mundium est par dessus tout, l'autorité du fort sur le faible, autorité qui a pour mobile l'intérêt »[3].

Dès maintenant, donc, nous sommes en droit de reprendre presque tout entière en sens inverse l'argumentation que je résumais tout à l'heure, et de dire :

Le culte de la force et le mépris de la faiblesse sont le caractère général des idées, des mœurs, des coutumes dans la Germanie païenne. Ce caractère se retrouve en particulier dans l'organisation de la famille. Rien n'y protège l'esclave contre la violence du maître. On ne distingue pas comme à Rome, plusieurs puissances : l'autorité de l'agnat sur son pupille, celle du mari sur sa femme, portent le nom de mundium et ont surtout pour objet de donner aux forts, dans leur intérêt et dans l'intérêt de la collectivité qu'ils dominent, tout pouvoir sur les faibles. L'autorité paternelle n'est pas désignée par un autre mot, classée dans une autre catégorie : comment serait-elle conçue dans un autre esprit ?

On allègue que l'autorité du chef de bande sur ses compagnons, celle du roi sur les personnes qui dépendent directement de lui, sont appelées *mundium* et ont avant tout un but protecteur. Admettons-le un instant : Que vaut cet argument unique[4], tiré du droit public, et d'un droit public relativement récent, comme la royauté germaine elle même, pour démon-

[1] *Rotharis*, 160 ; — Cf. Grimm, p. 452.

[2] Viollet, *Droit privé*, p. 289, n. 3, cite un acte de l'an 840 constatant une telle cession.

[3] Viollet, *Droit privé*, p. 289.

[4] Du Cange, V° *Mundiburdus*, ne mentionne la protection que pour le *mundium* des rois et des grands. Pour les autres acceptions du mot, il ne donne que les sens de puissance et de tutelle ; or, je viens de le dire, la tutelle primitive n'est pas une protection.

trer, contre tout ce que nous savons du droit privé familial, que l'antique institution de l'autorité paternelle dérive de cette même vue protectrice? Le roi, le chef de bande ont l'autorité sur ceux qu'ils protègent : N'est-il pas naturel que l'on ait donné à cette autorité, qu'elle eût ou non tous leurs caractères, le nom des puissances familiales, seules connues antérieurement? Et puis, est-il bien sûr que la protection des faibles eût tant de part, même à l'époque franque, dans le *mundium* du roi et des grands? Les formules du contrat par lequel il prend naissance, autorisent à ce sujet tous les doutes. La protection n'y est visiblement que la conséquence du pouvoir ; encore se mesure-t-elle à l'intérêt du maimbour, puisqu'il n'est tenu d'entretenir son homme qu'au prorata des services de celui-ci[1].

Ainsi, l'idée de protection, pour importante qu'elle soit à cette époque, n'est pas encore la principale : que dirons-nous donc des temps antérieurs aux invasions? A dire vrai, il me semble tout-à-fait impossible d'admettre que cette idée soit pour quelque chose dans le compagnonnage. Ce n'est pas un défenseur que cherchent les *comites* de Tacite; c'est un chef. L'autorité de ce chef sur ses compagnons, est une autorité politique et militaire d'une nature spéciale, temporaire qu'elle est et distincte à la fois de l'autorité militaire normale et de l'autorité domestique, réunies l'une et l'autre dans la même main[2]. Ce n'est pas un pouvoir tutélaire: ceux qui s'y soumettent ne sont pas des faibles, mais des forts et l'élite d'une jeunesse vigoureuse et brave. Reste le pouvoir royal : or, nous voyons bien les rois s'entourer d'un compagnonnage, garde d'élite, qui les protège plus qu'elle n'est protégée par eux[3];

[1] Voyez Heusler, I, p. 113. Sans doute, il s'agit souvent, dans ces formules, d'un homme réduit à la dernière des misères et qui renonce à son indépendance pour conserver la vie; mais la nécessité d'intéresser à leur sort une autorité puissante est-elle, en somme, plus impérieuse pour les petites gens menacés de périr de faim que pour les petits seigneurs menacés d'être pillés et ruinés par quelque ennemi redoutable ou par un voisin sans scrupule?

[2] Cf. ci-dessus, p. 100 et s.

[3] V. le texte d'Ammien Marcellin, sur le roi Chonodomaire et ses compagnons, ci-dessus, p. 102, n. 3; — Tacite, *Germ.*, 14 : « *Illum defendere, tueri, sua quoque fortia facta gloriæ ejus adsignare præcipuum sacramentum est* ».

mais nous ne les voyons pas se soucier beaucoup des faibles, et le mépris pour la faiblesse que nous avons vu paraître dans les mœurs germaniques donne suffisamment à penser qu'ils ne s'embarrassaient guère de protéger ces inutiles.

Les choses ne changèrent de face, en ce point, qu'après la conquête. Les grands trouvèrent dans la richesse, fruit de la victoire, et dans la possession d'un sol fertile cultivé par des mains industrieuses, une puissance qu'ils ne pouvaient attendre, au-delà du Rhin, que de la noblesse de leur sang et de la force de leurs armes. Il devint nécessaire au roi, pour contrebalancer cette puissance, de soumettre directement à son autorité le plus de gens et le plus de terres possible. Le mélange des vainqueurs et des vaincus lui créait, d'autre part, une situation toute nouvelle et lui conférait une mission d'arbitre, de législateur, de justicier qu'il n'avait pas eue jusqu'alors, tout au moins au même degré. En même temps, ambitieuse de rivaliser avec la magnificence romaine dont l'éclat fascinait les barbares, sa puissance s'entourait d'un faste qui en rehaussait l'éclat. L'idée surtout que l'on s'en faisait se transformait peu à peu sous l'influence de l'Eglise, forte du pacte signé entre elle et la monarchie franque au baptistère de Reims. La nouvelle religion, le caractère et les intérêts politiques nouveaux du pouvoir, le nouvel état social résultant de la conquête, les nouveaux besoins des peuples après des bouleversements si profonds et en des temps si troublés encore, tout s'unissait, au lendemain des invasions, pour tourner les regards des faibles vers le roi, et les regards du roi vers les faibles. C'est alors seulement que la protection de ceux-ci prit quelque importance dans le *mundium* royal : importance qui grandit de plus en plus, les causes nombreuses, diverses, complexes, qui l'avaient produite, continuant toujours d'agir.

Nous sommes donc en mesure de nous prononcer sans crainte d'erreur sur le caractère du *mundium* paternel à l'origine. Ce n'est pas une protection donnée à ceux qui s'y trouvent soumis, c'est une puissance qui s'impose à eux dans un autre intérêt que leur intérêt personnel[1]. Membres de la

[1] Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 287, 289, 493, 495; — OZANAM, *Et. germ.*, t. I,

famille, sujets du roi domestique, ils sont protégés à ce titre, comme sont protégés, à Rome, la femme *in manu* et le *filius-familias*. Le *mundium* et la *patria potestas* ne sont pas, dans leurs origines, des institutions essentiellement différentes. Elles ont les mêmes caractères. L'une et l'autre se sont révélées à nous, malgré les dissemblances de détail, sous les traits d'un pouvoir absolu, familial et perpétuel. La protection n'est d'abord, dans l'une comme dans l'autre qu'une suite, un élément secondaire, une des nombreuses fonctions de ce pouvoir[1]. Ce sont deux puissances à peu près identiques dont l'évolution s'opère en sens diamétralement opposé : tel est, entre elles, le vrai, le seul contraste.

Les causes qui l'ont produit sont sans nombre. Il faut les chercher d'abord dans la différence des temps, des lieux, des hommes, des conditions politiques, économiques, sociales qui ont influé sur l'une et sur l'autre évolution. Il y a bien communauté d'origine, mais quelle différence de tempérament entre les Romains et les Germains ! Quelle différence de condition entre les barbares du Latium ensoleillé et fertile, et les barbares des forêts glacées et des marais brumeux de la Germanie ! Quelle différence aussi dans leurs déstinées ! Les uns sont des conquérants : ils s'étendent peu à peu sans déplacer le siége de leur puissance, jusqu'à ce que les collines sur les pentes desquelles ils se sont établis d'abord, peuplade forte mais petite, soient devenues le centre du monde. Les autres sont des envahisseurs : partagés en peuplades nombreuses et souvent ennemies, ils aiment la guerre pour elle-même autant que pour la richessse et le pouvoir qu'elle assure aux victorieux. Poussés en avant par d'autres races envahissantes, attirés irrésistiblement vers des climats plus doux et vers des terres plus

p. 120 et s.;— SCHULTE, p. 30;— VON SALIS, p. 140, texte et n. 3;— HEUSLER, t. I, p. 105-113; — KURTH, t. I, p. 79 et s.; — KOENIGSWARTER, p. 138; — BERNARD, p. 55; — SUMNER MAINE, *Etudes sur l'histoire du droit*, p. 451; — FUSTEL DE COULANGES, *Recherches*, p. 223-225. Au moment où nous mettons sous presse, paraît le deuxième fascicule de l'*Introduction générale à l'histoire du droit matrimonial* de M. CH. LEFEBVRE (Paris, Larose, 1900, in-8°), qui renferme sur le *mundium* une théorie originale, contraire aux idées jusqu'ici reçues en cette matière. Nous regrettons de ne l'avoir pas connue plus tôt.

[1] Cf. OZANAM, *Ét. Germ.*, t. I, p. 177 et s.; — VIOLLET, *Droit privé*, p. 495.

généreuses, ils n'aspirent qu'à changer de patrie. La famille à Rome se développe sous l'influence des croyances primitives qui ont engendré sa constitution et dans un Etat aristocratique fortement organisé. Elle évolue, dans les contrées germaniques, sous l'influence de croyances opposées à celles qui présidèrent à son organisation primordiale, et dans un Etat le plus souvent anarchique et incessamment bouleversé. Comment aurait-elle, ici et là, le même sort? Tout, chez les Romains tendait à exagérer le pouvoir familial et à faire du père de famille, non seulement le chef et le représentant de la société domestique, mais la personnification même de cette société, absorbée dans cette individualité souveraine. Tout, chez les Germains, leurs penchants naturels, leurs besoins, les événements de leur histoire, leur conversion au christianisme, entraînant l'abandon des vieilles croyances et du culte des ancêtres, tout tendit à relever les devoirs du père envers la famille, à empêcher le sacrifice de l'individu à la collectivité, et l'absorption de la collectivité dans la personne de son chef. Le christianisme influa aussi, sans doute, sur la *patria potestas* : mais c'était alors une institution achevée, cristallisée en quelque sorte. Les formes géométriques de ce cristal ne changèrent pas à réfléchir une lumière plus brillante et plus pure. Le *mundium*, au contraire, institution de peuples enfants, était fait pour se prêter à toutes les influences, et à toutes les nécessités sociales. Il s'y prêta jusqu'à devenir, sous leur action, dans notre droit coutumier, l'antithèse même de la *patria potestas*[1].

Si nous comparons maintenant les Germains aux Celtes, nous nous expliquerons sans peine que le mundium germanique soit devenu la seule autorité paternelle du nord et du centre de la France. Le voisinage de la Germanie, les guerres qui amenèrent si souvent les Germains dans cette partie de la Gaule pour ou contre les armées romaines, l'invasion pacifique et lente qui précéda de très loin les grandes invasions du cin-

[1] Que l'on veuille bien remarquer, je ne saurais trop le redire, que je ne conteste nullement les différences entre le *mundium*, même antérieur à l'époque franque, et la *patria potestas* classique. Je compare le *mundium* primitif et la *patria potestas* primitive, et je suis frappé de leurs essentielles similitudes.

quième siècle[1], tout cela rend déjà quelque raison de ce phénomène. Il fallut toutefois pour le produire, qu'une cause plus profonde et plus lointaine préparât et favorisât l'action de celles-ci. Cette cause c'est la ressemblance intime existant entre les deux races.

Il est impossible, en effet, de n'être pas frappé du nombre et de l'importance de leurs similitudes. Strabon les avait remarquées, et c'est bien à tort que l'on a voulu rejeter son très judicieux témoignage[2]. Les différences que signale César[3] révèlent seulement l'inégal développement des deux civilisations à son époque. Nombre d'entre elles ont disparu du côté des Germains au temps de Tacite, et pourtant, sans nul doute, ceux-ci ne sont pas alors à beaucoup près aussi civilisés encore que les Gaulois du temps de César[4]. Nous ne pouvons donc pas, en comparant, les prendre les uns et les autres, comme il serait désirable, au même stade de leur progrès; et, pourtant, que de traits communs entre eux! Les divinités qu'ils honorent d'une façon particulière portent le même nom dans le panthéon latin[5]. Ils ont le même penchant aux superstitions de toutes sortes[6]. Les prêtres, moins puissants et peut-être encore isolés chez les uns, formant chez les autres une sorte de caste dominatrice, exercent, des deux parts, une influence considérable sur les affaires publiques et jouissent en certaines

[1] Cf. Ozanam, *Et. Germ.*, t. I, p. 348 et s., 350 n. 1; — Viollet, *Droit public*, t. I, p. 158 et s.

[2] Voyez Giraud, *Histoire du droit français*, t. I, p. 39; — Strabon insiste à deux reprises sur cette ressemblance entre Gaulois et Germains; (ap. Bouquet, t. I, p. 290) : « Καὶ γὰρ τῇ φύσει καὶ τοῖς πολιτεύμασιν ἐμφερεῖς εἰσὶν οὗτοι καὶ συγγενεῖς ἀλλήλοις ». *Ibid.*, p. 43 : « Τἄλλά δε παραπλήσιοι καὶ μορφαῖς καὶ ἤθεσι καὶ βίοις ὄντες ὄιους εἰρήκαμεν τοὺς Κελτούς ».

[3] *De bello gallico*, VI, 21 : « *Germani multum ab hac consuetudine differunt*, etc... »

[4] Cf. De Valroger, p. 86-196. Ce savant établit un parallèle qui met fort bien en lumière les ressemblances essentielles entre les Gaulois et les Germains, et les différences accidentelles résultant de l'inégalité des civilisations. Il se trompe pourtant (p. 167), sur le caractère du *mundium*, et (p. 161), il ne donne pas au sacerdoce germanique tout le rôle que lui attribue Tacite et que je vais rappeler à l'instant.

[5] César, *De bello gallico*, VI, 17 sur les Gaulois : « *Deum maxime Mercurium colunt*; — Tacite, *Germ.*, 9 : « *Deorum maxime Mercurium colunt* ».

[6] César, *De bello gallico*, VI, 16, sur les Gaulois : « *Natio est omnis Gallorum admodum dedita religionibus* »; — Tacite, *Germ.*, 10 : « *Auspicia sortesque ut qui maxime observant* ».

matières de pouvoirs très étendus[1]. En Germanie, comme en Gaule, le temps se compte par nuits[2]. Ici et là, c'est la même manière de se réunir en armes pour traiter des affaires publiques[3]; le même usage de n'y admettre les jeunes gens que s'ils ont été reconnus capables de combattre[4]; la même polygamie des grands ; le même droit de vie et de mort reconnu au père de famille ; la même participation des proches à la juridiction domestique[5] ; la même coutume de brûler avec les morts les objets qui leur étaient chers[6]. Les Gaulois avaient leurs druidesses : nous connaissons le rôle actif dévolu aux Germaines dans les cérémonies du culte[7]. Les chefs Germains, avides de guerre, s'entouraient de compagnons à proportion de leur puissance et pour en rehausser l'éclat: les chevaliers gaulois, sans cesse occupés à combattre, marchaient à l'ennemi au milieu d'une troupe pareille, rassemblée dans le même but[8].

Ce ne sont pas les seuls rapprochements que l'on puisse faire ; mais ils sont assez nombreux et assez remarquables pour mettre hors de doute l'essentielle ressemblance qui existait entre les idées, les mœurs, les institutions, inégalement développées, des Gaulois et des Germains[9]. Lorsque ceux-ci se

[1] César, *De bello gallico*, VI, 13, sur les Druides : « *Fere de omnibus controversiis publicis privatisque constituunt, et si quod est admissum facinus, si cædes facta, si de hereditate, si de finibus controversia est, iidem decernunt, præmia pœnasque constituunt* »; — Cf. *Ibid.*, VI, 14; — Tacite, *Germ.*, 7, sur la discipline des armées germaines : « *Ceterum neque animadvertere, neque vincire, neque verberare quidem, nisi sacerdotibus permissum* »; — *Ibid.*, 11, sur les assemblées des Germains dans lesquelles se rendent la justice et se traitent les affaires publiques : « *Silentium per sacerdotes, quibus tunc et coercendi jus est, imperatur* ». Ces assemblées sont essentiellement religieuses. Rapprochez tout ceci du rôle des pontifes aux origines de Rome.

[2] César, *De bello gallico*, VI, 18; — Tacite, *Germ.*, 11. Il en est encore de même dans la loi salique.

[3] César, *De bello gallico*, VI, 18, *in fine*, 20; Tacite, *Germ.*, 11.

[4] César, *De bello gallico*, VI, 18 *in fine*; — Tacite, *Germ.*. 13.

[5] Sur ces divers points : Cf. ci-dessus, ch. I, et celui-ci.

[6] César, *De bello gallico*, VI, 19, *in fine*; — Tacite, *Germ.*, 27.

[7] Cf. ci-dessus, p. 87-88.

[8] César, *De bello gallico*. VI, 15 : « *Alterum genus est equitum. Ii, cum est usus atque aliquod bellum incidit (quod ante adventum Cæsaris fere quotannis accidere solebat...), omnes in bello versantur, atque eorum ut quisque est genere copiisque amplissimus, ita plurimos circum se ambactos clientesque habent. Hanc unam gratiam potentiamque noverunt* » (Cf ci-dessus, p. 100 et s.).

[9] J'ai évité à dessein, pour fuir jusqu'à l'apparence du cercle vicieux, d'invoquer

mêlèrent à ceux-là sur le sol de notre France, et que les mêmes croyances, la même Eglise les réunirent tous, les populations gauloises du Centre et du Nord, plus éloignées de Rome et encore incomplètement romanisées, se trouvèrent avoir plus de penchant et de facilités pour adopter les coutumes germaniques que pour conserver le droit imposé par les Romains. Les premières prévalurent donc peu à peu parmi elles, pendant que le second se maintenait, fortement implanté, parmi les populations du midi. Nous étudierons de près cette formation de nos coutumes. Mais avant d'entrer dans cette étude, il est nécessaire, pour compléter celle de leurs origines, d'entrer dans quelques détails sur la conception chrétienne de l'autorité paternelle, et sur l'influence qu'elle exerça. J'ai eu plus d'une fois l'occasion d'indiquer cette influence : j'essaierai dans le chapitre qui va suivre, d'en faire connaître exactement la nature et la portée.

ces ressemblances, comme j'aurais été en droit de le faire. Mais elles n'en fournissent pas moins, à l'appui de mes affirmations sur l'autorité paternelle germanique, un très sérieux argument d'analogie.

CHAPITRE IV

LE CHRISTIANISME ET L'AUTORITÉ PATERNELLE PENDANT LES CINQ PREMIERS SIÈCLES

I

L'autorité et la paternité chrétiennes

Les nations païennes, qu'elles fussent policées ou barbares, avaient méconnu dans leurs lois et leurs coutumes les principes rationnels de l'organisation familiale. Ce que j'ai dit et de ces principes et de ces coutumes permet d'apprécier jusqu'où cette méconnaissance était allée progressivement chez les peuples au sein desquels plongent les racines de notre civilisation. Elle n'avait pas d'autre cause que leur paganisme lui-même ; j'entends ce paganisme primitif dont les cultes mythologiques, je l'ai déjà noté, ne sont que le développement et la dégénérescence, ce culte des ancêtres qui fut sans doute la première divinisation de la créature, par la substitution de l'homme à Dieu comme auteur de la vie.

De cette erreur fondamentale découlèrent successivement toutes les autres, et c'est par un raisonnement irréprochable, logiquement suivi dans le cours des siècles, que ces peuples s'éloignèrent des données naturelles de la raison [1]. Je n'ai pas à retracer ici, dans tous ses détails, ce lamentable itinéraire. La première étape, à peu près la même partout, nous est assez

[1] Si je parle ici de raisonnement, il ne s'agit évidemment pas de systèmes *a priori* comme les philosophes en édifient de toutes pièces, mais de ces raisonnements instinctifs qui se font au jour le jour dans les milieux primitifs et populaires : œuvres de simple bon sens, ils portent souvent d'ailleurs la marque d'une logique plus rigoureuse et d'une plus profonde sagesse.

connue par ce qui précède. Les suivantes, diverses selon les temps, les hommes et les circonstances, offrent entre elles tous les contrastes ; mais partout, à toute époque, à travers toutes les vicissitudes, se révèle la persistance des conceptions primordiales. Là même où l'influence de la philosophie, s'exerçant d'ailleurs sur un nombre restreint d'intelligences, a détruit la croyance à la divinité des ancêtres, voire à l'immortalité de leurs âmes, là subsiste encore, héritage de cette croyance morte, les idées fausses qu'elle avait engendrées sur l'autorité, la paternité, la personnalité de l'homme.

C'est de cette croyance, en effet, que procède immédiatement la conception collectiviste qui est, au fond, l'unique conception sociale de l'antiquité[1]. L'individu n'est rien que par et pour la société à laquelle, dans toute la force du terme, il appartient : famille d'abord, État et famille ensuite, plus tard enfin, et presque partout, État tout seul ou peu s'en faut. C'est sous cette dernière forme que l'idée primitive est consacrée par la philosophie antique, que cette philosophie parle par la bouche de Platon ou par celle d'Aristote. La paternité n'est guère que l'autorité familiale[2]. L'autorité n'est que l'exercice par un seul, ou par quelques-uns, ou par tous, des droits sans bornes de la collectivité. De là, soit au foyer domestique, soit dans l'Etat, soit dans tous les deux ensemble, une oscillation universelle entre le despotisme et l'anarchie. Le despotisme et l'anarchie, en effet, malgré leur opposition, sont engendrés l'un et l'autre par ces croyances et ces principes, comme la solution positive et la solution négative d'une même équation. Ils sont, pour ainsi dire, le produit mathématique des conceptions primordiales par l'égoïsme humain, que rien ne modère dans le paganisme, et que toutes les philosophies antiques, des plus

[1] J'ai indiqué plus haut comment le culte des ancêtres engendre directement le collectivisme familial, c'est-à-dire, d'une manière générale, l'absorption de l'individu dans la famille (Cf. ci-dessus, p. 21, 22).

[2] Il suffira, sans doute, de rappeler à l'appui de cette affirmation que nulle part la naissance de l'enfant ne forme de liens entre son père et lui. Si le chef de la famille n'y admet pas le nouveau-né, cet enfant, malgré le sang qui coule dans ses veines, ne sera jamais pour tous les siens qu'un étranger. Or, ne l'oublions pas, ce chef de la famille n'est pas toujours le père.

abjectes aux plus nobles, prennent pour régulateur de leur morale.

Le christianisme, en rendant à Dieu sa place, venait remettre l'homme à la sienne, enraciner la charité dans son cœur, restaurer dans son esprit les notions, profondément altérées, de la personnalité humaine, de la paternité et de l'autorité. Sa victoire était à la fois la défaite de l'égoïsme et la revanche de la raison[1]. Ce serait toutefois une erreur profonde de croire qu'il ne devait rien laisser subsister des idées anciennes. Cette doctrine, que l'on a quelquefois présentée comme révolutionnaire[2] portait au plus haut degré le caractère rédempteur et pacifique de celui qui l'avait enseignée au monde. Ce n'était pas une doctrine de destruction et de recommencement; c'était une doctrine de réparation et de progrès. Elle reconnaissait comme lui appartenant en propre tout ce qu'il y avait en dehors d'elle de naturel et de raisonnable. Elle le relevait et le perfectionnait. Bien loin de tendre au bouleversement, elle ne visait qu'à remettre avec douceur chaque chose à sa véritable place et à faire régner en tout la juste mesure. L'harmonie intime qui existait ainsi entre elle et la nature même de l'homme ne manifestait pas seulement à l'intelligence des sages la Sagesse qui l'avait conçue : elle lui donnait encore, pour la multitude des âmes, des attraits mystérieux et de pleins contentements qui furent un des grands secrets de sa propagation rapide, de son invincible persistance et de son triomphe final.

Le trésor qu'elle répandait sur le monde renfermait les choses anciennes et les choses nouvelles[3]. Elle laissait intact tout ce qui était juste et bon dans les conceptions familiales antiques : que dis-je ? elle le confirmait, le complétait, et,

[1] Sur le christianisme et la famille : Cf. DEVAS, p. 142 et s.; — WEISS, t. I, p. 383 et s.; — SOLER, p. 207 et s., ch. VII et VIII, *passim*; — D'HULST, *La morale de la famille*.

[2] Sur l'attitude politique et l'action sociale des chrétiens de la primitive Eglise dans l'empire romain, lire les judicieuses observations de PAUL ALLARD, *Histoire des persécutions*, t. I, introd.; — Adde : TROPLONG, *Influence du christ*, p. 59-60; — BOISSIER, *La fin du paganisme*, t. II, p. 391-445.

[3] Matth, XIII, 52.

dégageant cet or natif de la gangue qui l'enveloppait, elle révélait toute sa valeur et le faisait briller à sa lumière d'un éclat plus pur et plus beau.

La divinité restait dans ses enseignements la cause première et la cause finale de la vie, la raison d'être de la société familiale, la source de l'autorité paternelle: mais ce n'était plus une divinité de chair et d'os, vivante jadis, aujourd'hui morte, reconnue et adorée seulement de quelques hommes, humainement engendrés, humainement protégés par elle. Dieu est esprit, disaient les nouvelles croyances ; il est le Dieu vivant; il n'était pas hier, il ne sera pas demain, il est, simplement, hors de toute durée. Tous les hommes ont en lui leur véritable et premier père. Chacun d'eux reçoit de lui une âme immortelle ; et la vie physique, qui leur est transmise par leurs parents, s'éveille et se multiplie par son ordre depuis qu'il a créé le premier couple humain. Ils sont tous appelés à le connaître, à l'aimer, à le servir en ce monde, pour jouir sans fin dans un monde meilleur du bonheur auquel ils aspirent et qu'ils ne peuvent trouver ici-bas. C'est pour cela qu'il leur donne l'être. C'est leur devoir et c'est leur droit d'accomplir cette destinée : il n'est permis à personne d'y mettre obstacle. Dieu leur a tracé leur voie : ils sont, là, dans son royaume; et tant qu'il s'agit pour eux de la suivre, ils n'ont que sa volonté pour règle et que leur conscience pour juge. Il n'y a ni père, ni prince, ni tribunal qui puisse leur défendre ce que cette règle ordonne ou les absoudre quand ce juge les a condamnés. « Ne craignez pas, a dit le Christ, ceux qui tuent le corps sans pouvoir tuer l'âme ; craignez plutôt celui qui peut jeter en enfer et l'âme et le corps ». Et, songeant aux efforts de la tendresse, plus redoutables à la liberté que les assauts de la violence, il a ajouté : « Je suis venu séparer le fils de son père, la fille de sa mère ; et celui qui aime son père ou sa mère, son fils ou sa fille plus que moi, n'est pas digne de moi[1] ».

Ainsi se trouvait d'abord relevée, affranchie, anoblie, trans-

[1] Matth., X, 28, 35, 37 ; — Luc., XIV, 26.

figurée la personne humaine : « Il vaut mieux obéir à Dieu qu'aux hommes ! »[1]. Tel est le cri qui retentissait, sous mille formes diverses, dans les prétoires de l'empire romain, au seuil des prisons publiques ou privées, comme la réponse de son indépendance reconquise aux menaces du despotisme et de sa responsabilité aux prières de l'affection.

Une conception de l'homme si nouvelle et si haute engendrait nécessairement sur la famille et sur l'Etat des notions différentes de celles que l'on avait eues jusqu'alors[2]. Dieu n'était plus le Dieu d'un seul foyer ou d'un seul peuple, mais le Dieu de tous les hommes. Tous ses adorateurs, sans sortir des sociétés humaines dont ils faisaient partie, formaient entre eux et avec lui-même, une société divine, un royaume qui n'était pas de ce monde[3] ni tout entier dans ce monde, et dont chacun d'eux était, avant tout, citoyen. Par la proclamation de son indépendance essentielle, l'homme avait cessé d'appartenir tout entier à la cité et à la famille ; par son entrée dans la famille du Christ et dans la cité de Dieu, leur cadre étroit cessait de pouvoir contenir ses destinées. Il ne trouvait plus en elles la fin de son existence ; elles n'étaient plus que des moyens pour l'aider à y parvenir. Dès lors, cette fin les dominait elles-mêmes. Elles apparaissaient comme faites pour l'individu, jusqu'alors regardé comme fait pour elles. L'autorité qui leur était nécessaire, devenait, selon l'expression de saint Paul, « le ministre de Dieu pour le bien »[4] de leurs membres, et l'on pouvait désormais résumer toute sa mission, tout son pouvoir dans la belle devise que gravèrent plus tard sur leur blason les rois chrétiens de Bohême : « Je sers ! ».

Cette autorité, d'ailleurs, ne s'en trouvait nullement amoindrie. Elle ne cessait pas de représenter ici-bas l'autorité divine et sa dignité se trouvait accrue de tout ce que le Dieu des chrétiens avait de plus que les dieux Lares. Elle commandait en son nom et par son ordre : « Que toute âme soit soumise aux

[1] Act., V, 29.
[2] Cf. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 456 et s. ; Weiss, t. I, p. 410-411.
[3] Joann., XVIII, 36.
[4] Rom., XIII, 3.

autorités dont elle dépend, disait l'Apôtre ; car il n'y a pas d'autorité qui ne vienne de Dieu... Résister à l'autorité, c'est donc aller contre l'ordre même établi par Dieu[1]. » Sa mission de dévouement n'était pour elle qu'un titre de plus à l'obéissance et au respect, un trait de plus à sa ressemblance avec l'autorité divine. Le Christ l'avait déclaré lui-même : « Vous savez, avait-il dit, que les princes des nations sont les dominateurs de leurs peuples : il n'en sera pas de même parmi vous. Si l'un de vous veut s'élever, qu'il soit votre serviteur ; et s'il veut être le premier, qu'il se fasse l'esclave de tous : car le Fils de l'Homme n'est pas venu pour être servi, mais pour servir »[2].

Cette ressemblance entre l'autorité humaine et l'autorité divine se trouvait encore accentuée dans la personne du père de famille par un trait qui lui manquait ailleurs, et l'autorité paternelle devenait ainsi parmi les hommes le type le plus complet du pouvoir. Ce trait, c'était la paternité. Les anciens l'avaient méconnue d'une manière à peu près complète : non pas sans doute, que leurs cœurs fussent fermés aux sentiments de la nature ; mais ce ne sont pas les sentiments qui font les institutions, ce sont les idées et les croyances, et nous savons combien les idées et les croyances antiques erraient loin des données naturelles de la raison. Le christianisme, par une suite nécessaire des conceptions que je viens de résumer, restaurait cette notion si profondément altérée. La paternité ne résultait plus de l'entrée de l'enfant dans la famille, mais de la transmission de la vie. Ce seul fait en imposait à l'homme le caractère indélébile et les irrécusables devoirs. Qu'il fût ou non chef de la société familiale, ce seul fait créait entre lui et son enfant des liens que ni lui, ni personne ne pouvait ensuite dénouer ni rompre. Associé à l'œuvre créatrice de Dieu, « de qui toute paternité tire son nom[3] », devenu son représentant naturel, il se trouvait revêtu d'une autorité et d'une dignité d'autant plus grandes que sa mission était plus haute. Or cette mission, c'était de sauvegarder, de diriger, de promouvoir en vue des

[1] Rom., XIII, 1, 2.
[2] Matth., XX, 25-28 ; XXIII, 11 ; — Marc., X, 42-45.
[3] Ephés., III, 15.

éternelles destinées, le développement de cette personnalité humaine dont le christianisme révélait l'infinie valeur. L'enfant apparaissait comme un dépôt sacré confié par la Providence. Baptisé, son titre de chrétien et l'innocence de son âme, où résidait la grâce divine, imposaient à tous le respect ; mais la dignité dont le revêtait la foi nouvelle, bien loin de porter préjudice à la dignité du père, rehaussait d'autant la paternité.

Les préceptes du christianisme sur les devoirs réciproques des enfants et des pères résultaient de ces idées fondamentales sur la paternité et l'autorité. Exagérés en théorie, souvent méconnus en pratique, les devoirs des enfants n'avaient besoin que d'un rappel. C'est pourquoi saint Paul, après l'Evangile, se contente de citer le commandement du Décalogue : « Honore ton père et ta mère » ; d'exhorter les enfants à obéir « comme il est juste » et « comme Dieu l'aime » ; et de recommander qu'on leur apprenne « à rendre à leur parents ce qu'ils ont reçu d'eux[1] ». Les devoirs des parents oubliés ou ignorés, et d'une plus grande importance, en somme, puisque c'est de leur accomplissement que dépend la formation morale de l'enfant, étaient l'objet d'enseignements plus détaillés, plus fréquents, plus énergiques. « Si quelqu'un, disait saint Paul, ne prend pas soin de sa famille, surtout des personnes de sa maison, c'est un rénégat et il est pire que l'infidèle[2] ». Il recommandait aussi instamment aux pères d'être doux, calmes et justes afin de ne pas aigrir où déprimer le caractère de leurs enfants par des châtiments immérités, excessifs ou infligés avec colère[3]. Une autre fois, pour exprimer aux Corinthiens tout le désintéressement de son zèle apostolique, il avait recours à une métaphore tirée de la paternité chrétienne, et, se donnant comme leur père parce qu'il avait été leur premier apôtre, il leur écrivait : « Ce n'est pas ce qui est à vous que je cherche, c'est vous-mêmes : car les enfants ne doivent pas thésauriser pour leurs parents mais bien les parents pour leurs enfants »[4].

[1] Coloss., III, 10 ; — Ephés., VI, 1, 3 ; I, Tim. V, 4.
[2] I, Tim. V, 8.
[3] Coloss., III, 21 ; — Ephés., VI, 4.
[4] II Cor., XII, 14.

Ces enseignements étaient répétés et développés partout dans les assemblées des fidèles. Saint Augustin s'élevait contre ceux qui, par une piété mal entendue, frustraient leurs enfants de leur héritage : « Si quelqu'un veut exhéréder son fils pour instituer l'Eglise, s'écriait-il, qu'il cherche pour accepter cela un autre qu'Augustin; certes, avec l'aide de Dieu, il ne trouvera personne ». « Que chaque *paterfamilias*, écrivait-il encore, reconnaisse le devoir d'amour que ce nom lui impose envers sa famille. Pour le Christ et pour la vie éternelle, qu'il donne de sages avertissements à tous les siens : qu'il les instruise, les exhorte, les réprime, les traite avec bienveillance, les dirige avec fermeté. Il remplira de la sorte dans sa maison l'office d'un ministre de l'Eglise, et en quelque sorte d'un évêque, servant le Christ afin d'être éternellement avec lui »[1]. Saint Jean Chrysostôme n'employait pas un autre langage : « Faites de votre maison une église, disait-il, car il vous sera demandé compte du salut de vos enfants et de vos serviteurs. Comme nous répondrons du salut de vos âmes, ainsi chacun de vous répondra de l'âme de son esclave, de sa femme, de son fils »[2]. Le père exerçait donc un sacerdoce dans la famille chrétienne comme dans la famille antique; mais combien ce sacerdoce n'était-il pas plus saint et plus glorieux !

Il ne pouvait plus être question, dans une telle doctrine, du droit paternel de vie et de mort. « L'exposition des enfants, écrit Paul Allard, était considérée par les disciples de l'Evangile comme aussi criminelle que l'infanticide et l'avortement »[3]. Dieu restait le seul maître de la vie de l'enfant. Bien plus, lorsque ce dernier devenait capable de se conduire, le père voyait disparaître ses droits à la direction de cette vie. Il ne pouvait plus que faire entendre ses conseils et user de l'influence que lui donnaient son âge, son expérience, son titre de père, le respect et la reconnaissance qui lui étaient dus. L'enfant était libre, notamment, de se refuser au mariage, et l'Eglise d'autre part ne considérait pas comme nulle l'union contractée

[1] Serm. 356, n° 5 : *De vitâ clericorum* ; — Tract. 51 *in Joann.*, n° 13.
[2] *In Genes. sermo* VI, 2.
[3] *Les esclaves chrétiens*, p. 363 ; Cf. p. 362, 364.

sans le consentement paternel[1]. Elle condamnait, sans doute, les enfants qui se mariaient sans la volonté de leurs parents; mais elle condamnait également l'opposition de ceux-ci lorsqu'elle n'était pas justifiée par des motifs graves. « Saint Jean Chrysostôme, dit Paul Allard, n'a pas assez de blâme pour les parents intéressés qui refusent de marier leur fils avant qu'il ait réalisé de grandes économies, fait sa carrière et sa fortune. « Vous n'avez nul souci de l'âme! » s'écrie-t-il. Grande parole, bien digne d'être entendue des chrétiens de tous les siècles »[2].

Il n'y avait d'ailleurs, en tout cela, nulle distinction entre les fils et les filles. L'origine, la fin, la dignité de la personne humaine ne changent pas avec le sexe. Le baptême est le même pour tous. « Vous êtes tous les enfants de Dieu par la foi en Jésus-Christ, disait saint Paul. Qui que vous soyez, qui avez été baptisés dans le Christ, vous vous êtes revêtus du Christ. Il n'y a plus parmi vous ni Juif, ni Gentil, ni esclave, ni libre, ni homme, ni femme, car vous êtes tous un dans le Christ Jésus[3] ». Je n'ai pas à rappeler ici les bienfaits qu'une telle doctrine apportait à la femme[4], et l'on voit assez les conséquences heureuses qu'elle devait nécessairement avoir pour la mère. Celle-ci se trouvait encore relevée par le caractère du mariage chrétien, union sainte et indissoluble, dont les lois s'imposaient aux deux époux avec la même rigueur; et la maternité chrétienne, en lui imposant des devoirs identiques à ceux du père, lui

[1] Cf. VANTROYS, p. 153.

[2] *Les esclaves chrétiens*, p. 365.

[3] Galat, III, 26.

[4] GIDE-ESMEIN, p. 171-177; — OZANAM, *Civilisation au Ve siècle*, 14e leç., t. II, p. 83 et s.; — DEVAS, p. 146-158; — WEISS, t. I, ch. XI, *passim*; — TROPLONG, *Influence du christ.*, p. 277 et s. Certains matérialistes accusent le christianisme d'avoir exercé sur le mariage « une influence néfaste », regardé la femme comme « un être impur et démoniaque », ravalé l'épouse au rang « d'esclave » et produit dans l'évolution de la famille un arrêt ou même « un recul » (LETOURNEAU, p. 255 et s.). Les arguments qu'ils présentent à l'appui de ces accusations ridicules ne prouvent qu'une étonnante ignorance des faits et des doctrines. Il est naturel, du reste, d'envisager comme un recul l'œuvre du christianisme au sein de la décadence des mœurs romaines, lorsqu'on place l'idéal du mariage dans l'union libre; mais prétendre que cet idéal fleurira dans « une humanité plus relevée moralement que la nôtre », et conseiller de supprimer le mariage afin de supprimer l'adultère, c'est simplement se moquer du monde.

conférait les mêmes titres à la puissance et à l'honneur[1]. « Aussi, écrit Paul Gide, cette puissance est-elle attribuée par la loi chrétienne à la mère aussi bien qu'au père. L'un et l'autre ont un droit égal au respect, à l'obéissance de leurs enfants; et pour mieux exprimer le contraste entre la loi ancienne et la loi nouvelle, saint Paul, qui ne manque jamais de joindre le nom de la mère à celui du père quand il consacre les droits de la puissance paternelle, s'adresse toujours au père, et au père seul, quand il en réprouve les excès »[2].

L'émancipation de la femme, l'affirmation des droits de la mère, jusqu'alors abandonnés à l'arbitraire du chef de famille[3], laissaient d'ailleurs subsister tout ce qu'il y avait de conforme à la nature dans leur ancienne dépendance; mais combien cette dépendance devenait glorieuse et douce ! « Que les femmes soient soumises à leurs maris comme au Seigneur, écrivait l'Apôtre; car l'homme est le chef de la femme comme le Christ est le chef de l'Église et le sauveur de son corps. Comme l'Église est soumise au Christ, ainsi les femmes doivent être

[1] C'est faute d'avoir tenu compte de cette notion de la paternité chrétienne que, tout en reconnaissant les bienfaits du christianisme et les progrès réalisés par lui, on a cru pouvoir lui reprocher d'avoir rabaissé la dignité du mariage, et par là celle de la femme et de la mère, en faisant de la procréation des enfants la fin principale de cette union V. notamment : GIDE-ESMEIN, p. 179, 181. Ce savant, il est vrai, n'adresse ce reproche qu'aux canonistes, mais il atteint la doctrine chrétienne elle-même. « Le mariage, dit Mgr d'HULST, a été institué pour trois fins supérieures : perpétuer la race humaine, donner aux enfants l'éducation du corps et de l'âme, assurer aux époux les avantages d'une société douce et durable » (*La morale de la famille*, 1re conf.). Or, de ces trois fins, la seconde n'est qu'une suite et une condition de l'obtention de la première, et celle-ci se ramène à la procréation des enfants. M. Gide se trompe, d'ailleurs, lorsqu'il présente la polygamie et le divorce comme des conséquences nécessaires de cette doctrine (GIDE-ESMEIN, p. 170); elle mène, au contraire, directement à la monogamie et à l'indissolubilité comme aux seules coutumes qui assurent pleinement et également la fécondité de l'union conjugale et l'éducation des enfants.

[2] GIDE-ESMEIN, p. 172; — Cf. Coloss, III, 20, 21; — Ephes, VI, 1, 4 : « *Filii, obedite* PARENTIBUS. PATRES *nolite ad indignationem provocare filios* ».

[3] Comme je l'ai dit, en effet, dans un précédent chapitre, les coutumes romaines, à l'origine surtout, faisaient à la *materfamilias* une situation avantageuse, et il en était de même chez les Celtes et les Germains. Mais cette situation ne lui était pas reconnue en vertu d'un droit naturel inhérent à sa maternité. Elle ne le possédait que comme épouse du père, associée par lui à son gouvernement. Il dépendait de lui de la lui ôter. On voit toute la différence qui sépare la *materfamilias* de la mère chrétienne. Ici encore le christianisme conservait et transformait tout ensemble les choses anciennes.

soumises à leurs maris en toutes choses. Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé l'Église et s'est sacrifié pour elle. Les maris doivent aimer leurs femmes comme leur propre corps[1] ». Là, comme partout, la foi venait transfigurer l'obéissance, et l'autorité se résolvait tout entière en dévouement et en amour.

Et c'est cela, c'est cette charité répandue partout, inspirant tout, réglant tout, résumant tout, qui faisait la grande nouveauté du christianisme. Par elle, il retournait le monde. La famille avait vécu jusqu'alors tournée vers le passé, vers les ancêtres. La charité chrétienne, sans doute, gardait à leurs âmes le souvenir, la reconnaissance, le respect, l'affection et les prières de leur descendance, mais elle orientait la vie familiale vers les enfants, vers l'avenir. Tout avait convergé jusqu'alors vers les puissances de la terre : l'esclave vivait pour le maître; l'enfant pour le père et pour la famille ; l'individu et la famille pour la Cité ; le pauvre pour le riche ; le faible pour le fort : la charité chrétienne mettait le fort et le riche au service du faible et du pauvre ; l'Etat et la famille au service de leurs membres ; le père et le maître au service de l'enfant et du serviteur.

Avant la naissance et la diffusion du christianisme, je le sais, quelques esprits d'élite avaient déjà reconnu la fraternité humaine. Cicéron a des paroles éloquentes sur l'amour du genre humain, et il se proclame citoyen du monde[2]. « L'homme

[1] Ephes, V, 22, — 25,28; — Cf. I, Cor. XI, 3, 8-12 ; — Coloss, III, 18 ; — I, Petr. III, 7. Rarement, S. Paul, rappelle la dépendance de la femme sans relever en même temps sa dignité et les devoirs de l'homme envers elle ; encore ne s'agit-il dans ces cas là que de l'ordre extérieur des assemblées chrétiennes (Voyez 1 Tim II, 11, 12).

[2] Voyez notamment : *De finibus*, V, 23 (65) ; — *De legibus*, I, 7 (23). Il faut remarquer, d'ailleurs, que Cicéron, dans ce passage du *De finibus*, identifie ce qu'il appelle « *caritas generis humani* » avec la justice : « *Quæ animi affectio* », dit-il, « *justitia dicitur* ». C'est bien ainsi que l'ont entendu tous les philosophes qui se sont haussés jusqu'à l'idée de la cité universelle, de la fraternité et de la solidarité humaine. Or, il y a loin de la simple justice à la charité. Celle-ci n'appartient qu'au christianisme. Les anciens en ignorèrent toujours l'élément fondamental qui est l'amour de Dieu ; et pour eux, l'amour des hommes, réduit au « *suum cuique* », ne consistait guère qu'à suivre l'attrait naturel qui nous porte vers tous nos semblables et dont la manifestation première est l'instinct de la sociabilité. « *Natura*, dit Sénèque, *nos cognatos edidit. Hæc nobis* AMOREM DEDIT MUTUUM *et* SOCIABILES FECIT » (Épist, 90).

est chose sacrée pour l'homme : nous sommes tous les membres d'un grand corps » écrit Sénèque[1] ; et je veux admettre pour un instant, contre toute vraisemblance, que sa philosophie ne doive rien à l'Evangile. On pourrait glaner ainsi dans l'antiquité, à travers les œuvres des sages[2] et l'histoire des hommes, plus d'une noble pensée, plus d'un trait généreux, qui rendent à la vérité, selon l'expression de Tertullien, le témoignage de l'âme naturellement chrétienne[3] : épis perdus dans le chaume stérile et qui s'égrenaient sur la terre sèche sans lui faire produire de moisson. Les philosophes eux-mêmes pratiquaient généralement peu leur philosophie : comment auraient ils pu la faire pratiquer aux autres ? Aussi bien ne se préoccupaient-ils nullement d'en faire bénéficier les masses. Œuvre laborieuse de quelques intelligences supérieures et de quelques grandes âmes, elle n'était pas faite pour la foule. C'était une bulle fragile, éclose à leur souffle pour eux seuls, et dont ils jouissaient, dédaigneux du vulgaire, sans croire bien souvent à sa solidité. Leur amour de l'humanité était un amour platonique : il ne produisit ni un apôtre, ni un martyr. Jamais nul stoïcien ne songea, dans la noble paix de son âme, à grouper autour de lui, à former en société fraternelle, pour leur apprendre et leur faciliter la vie heureuse, ces esclaves, ces femmes de rien, ces ignorants, foulons, savetiers, cardeurs de laine, qui valaient à l'Église le mépris et la dérision de tant de païens[4]. Il fallait pour cela quelque chose de plus fort qu'une philosophie ; il fallait la religion.

Seule, la religion pouvait pénétrer dans tous les milieux ; s'imposer à tous les esprits ; prévaloir contre la passion, l'intérêt et la coutume, ces trois grandes forces qui déterminent ordinairement les actions du commun des hommes ; faire de la charité l'âme de la vie humaine ; et, dans l'Etat comme dans

[1] Épist, 90 ; — Cf. Épist., 95.
[2] Cf. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 422 et s. Tenir compte de la remarque ci-dessus p. 147 n. 2 et aussi des contradictions qui ne sont pas rares dans les œuvres des philosophes, et dont on peut voir des exemples dans Wallon, *Hist. de l'esclavage dans l'antiquité*, t. I, p. 356-405 ; t. III, p. 15-50.
[3] *Apol*, XVII.
[4] Cf. Origène, *Cont. Cels.*, III, 55 ; — Min. Félix, *Octav.*, 5 et 12.

la famille, unir le supérieur à l'inférieur dans un mutuel service né d'un mutuel amour. Pour transformer à ce point les mœurs et les institutions qu'elles engendrent, il était nécessaire de transformer d'abord non seulement les idées, mais les croyances. Il fallait que la divinité se fît mieux connaître; qu'elle se fît aimer en montrant aux hommes, à côté de sa toute-puissance, l'infinité de son amour; qu'elle leur parlât ensuite et qu'elle leur dît : « Aimez-vous les uns les autres comme je vous ai aimés : c'est tout ce que je vous ordonne[1]. Et vous, les petits, les pauvres, les faibles, venez à moi, vous tous qui souffrez et qui pliez sous le fardeau, et je vous referai des forces[2]. Pour vous, les grands, les riches, les forts, sachez-le bien, ce que vous ferez au dernier de tous ceux-ci, c'est à moi que vous l'aurez fait[3] ».

Cette divinité, ce fut le Christ. Aussi, lorsque je vois aux origines de nos institutions familiales, à mesure que grandit l'influence de l'Église, la *patria potestas* en décadence se restaurer dans les mœurs et s'adoucir dans les lois, ou le *mundium* germanique se transformer en une autorité tutélaire et s'épanouir en organismes sociaux dont les fonctions ont pour règle l'amour, la fidélité, le dévouement de l'homme pour l'homme, je ne dis pas : c'est la philosophie qui a fait cela, c'est le progrès de la civilisation; je dis : c'est le christianisme.

II

La « patria potestas » de Constantin à Clovis

1. *Influence du christianisme sur la législation familiale avant et après Constantin.*

En plaçant dans le chapitre consacré aux origines chrétiennes de notre droit familial l'étude qui va suivre, je ne veux nullement donner à entendre que le christianisme soit resté étranger

[1] Joan, XV, 12.
[2] Matth, XI, 28.
[3] Matth, XXV, 40.

à l'évolution de la *patria potestas*, pendant les trois premiers siècles, ni qu'il devienne, au quatrième et au cinquième, le seul agent des transformations heureuses qu'elle subit. L'évolution des institutions est trop étroitement liée à celle des mœurs, des idées et des croyances, elle est la résultante de trop de forces diverses réagissant les unes sur les autres avec trop de lenteur et de complexité pour que l'une ou l'autre de ces opinions soit recevable. Si le christianisme n'avait exercé aucune influence sur cette évolution avant Constantin, ce n'est pas la conversion de ce prince qui aurait pu, tout à coup, lui en donner une si considérable, pas plus que l'apostasie de Julien ne put rendre ensuite au paganisme expirant celle qu'il avait dès longtemps perdue.

On allègue, il est vrai, la haine et le mépris des païens pour les nouvelles croyances. C'est l'opinion, nous dit-on, ce sont les mœurs publiques, c'est la doctrine du Portique qui ont adouci et rapproché de plus en plus du droit naturel, le droit de la *patria potestas* ; or le peuple et les Stoïciens étaient trop profondément réfractaires au christianisme pour lui emprunter quelque chose ou pour se laisser inconsciemment envahir par son esprit. La foule qui poursuivit Erixon dans le *forum*[1], ne différait pas de celle qui cria plus tard : « Les chrétiens aux lions » ! Ulpien fit des martyrs. La plupart des empereurs, dont vous avez cité les rescrits, ont ordonné ou autorisé des persécutions[2]. Cette résistance énergique du pouvoir, de la philosophie et de l'opinion aurait suffi, ajoute-t-on, pour enlever au christianisme toute influence sur le développement des institutions dans l'empire, même si les chrétiens eussent cherché à se mêler au mouvement social de leur époque. Comment, dès lors, croire à cette influence, quand nous voyons les fidèles se frapper eux-mêmes d'une sorte d'ostracisme ; se retirer, comme jadis la plèbe, mais irrévocablement, sur leur Mont Sacré ; fuir non seulement les thermes et l'amphithéâtre mais aussi les

[1] Cf. ci-dessus, p. 55, *in fine*.
[2] Cf. Giraud. *Hist. du droit français*, t. I, p. 293, 294 ; — Glasson, *France*, t. II, p. 552.

écoles, les prétoires et les camps[1] ; « s'isoler en un mot de la société, pour vivre en secret avec leurs coreligionnaires[2] ».

Ces arguments sont spécieux, mais non sans réplique. J'avoue ne pas voir, notamment, pourquoi l'hostilité des Stoïciens contre le christianisme nous empêcherait d'admettre qu'ils aient subi son influence et fait, de propos délibéré, quelques emprunts à ses doctrines. Ils les connaissaient bien et c'était leur ambition, nous l'apprenons de la bouche même d'Epictète[3], de montrer au monde que la raison pouvait donner aux sages la force d'âme que la foi donnait aux « Galiléens ». Ne devaient-ils pas, dès lors, bien loin de contredire aveuglément les enseignements de cette foi, se les approprier, quand ils pouvaient le faire sans se démentir ? Ne devaient ils pas tout au moins subir involontairement leur influence sur les points nombreux où ces enseignements complétaient et perfectionnaient leurs propres doctrines ? Je ne relève pas ce qu'il y a de contradictoire à refuser au christianisme presque toute influence sur l'évolution des idées et des institutions avant Constantin, et à prétendre en même temps, comme on l'a fait parfois, qu'il n'ait apporté au monde aucune conception nouvelle, mais seulement rassemblé les plus justes et les plus pures de celles qui s'étaient fait jour avant lui; vulgarisé ces hautes notions sous une forme religieuse; et tiré toute sa force et tout son succès de l'accord où il se serait trouvé, grâce à elles, avec des pensées, des tendances, des aspirations déjà répandues de toutes parts à sa sortie de la Judée. Je ne veux pas non plus m'attarder à démontrer que les principes moraux du christianisme se sont, en fait, imposés avec force à l'esprit des Stoïciens. Il me suffira de rappeler le nom de Sénèque. Que ce philosophe ait eu des relations particulièrement intimes avec les chrétiens et que sa pensée en ait conservé l'empreinte, cela ne paraît pas douteux : or, Sénèque fut un des grands maîtres du stoïcisme romain, et l'on rencontre notamment dans les écrits des jurisconsultes

[1] Cf. KURTH, t. I, p. 126, 128. Je lui emprunte quelques expressions. Il ne partage d'ailleurs pas l'opinion que je combats ici.

[2] GIRAUD, *Hist. du dr. fr.*, t. I, p. 291.

[3] ARRIEN, *Entretiens d'Epictète*, IV, 7 (trad. COURDAVEAUX, p. 381 ; Paris, Didier, 1 vol., 1882).

plus d'un passage où se reconnaissent ses idées, ses maximes et jusqu'à ses expressions.

Si des philosophes nous passons à l'ensemble de la société, nous la trouvons moins réfractaire aux idées chrétiennes qu'on ne le prétend. Il ne faut pas que les clameurs populaires nous fassent illusion, à près de vingt siècles de distance. Tolérées, excitées parfois, ordinairement obéies par le pouvoir, elles n'étaient pas plus alors qu'aujourd'hui l'expression fidèle de l'opinion publique. Je n'en veux pour preuve que la prodigieuse rapidité avec laquelle se répandirent les nouvelles croyances et s'accrut le nombre des chrétiens et des chrétientés. « Attirées par la beauté radieuse du christianisme, dit Godefroy Kurth, ou poussées par le désespoir hors de la religion païenne, les âmes se pressaient aux portes de la jeune Église[1] ». Rien de plus exact. Puis, entre cette foule silencieuse, déjà conquise, et la multitude bruyante, irritée jusqu'à la fureur par les vertus des fidèles, par les calomnies répandues contre eux, par les oracles qui les dénonçaient comme l'unique cause des calamités publiques, il y avait encore un nombre considérable d'âmes droites, sincères et généreuses, que touchaient la constance des martyrs, la douceur, la fermeté, la sagesse de leurs réponses devant les juges, la charité fraternelle qui régnait entre les chrétiens. Il ne faut pas oublier, enfin, le vaste troupeau des indifférents, des sceptiques, des âmes égoïstes et vulgaires, occupées exclusivement de leurs affaires et de leurs plaisirs, gens positifs, aussi peu soucieux, au fond, du paganisme que du christianisme, mais en qui le bon sens romain demeurait accessible aux idées nouvelles, lorsqu'elles ne contrariaient pas leurs intérêts ou leurs passions. De ces quatre classes d'hommes, dont les opinions particulières, réagissant les unes sur les autres, formaient l'opinion publique, une seule apparaît comme véritablement réfractaire au christianisme. Deux autres lui sont plus ou moins acquises. La dernière, la plus nombreuse sans doute au sein de la décadence romaine, comme au sein de toutes les décadences, est faite à la fois pour subir inconsciem-

[1] *Origines de la civilisation moderne*, t. I, p. 98.

ment l'influence de ses conceptions rationnelles et pour se ranger, en haine de sa morale ou par intérêt, du côté des persécuteurs.

En présence d'une telle situation, et si l'on tient compte du prosélytisme ardent qui caractérise l'esprit chrétien, il est difficile d'admettre que cet esprit n'ait pas exercé dans tout l'empire et dans les milieux sociaux les plus divers une influence profonde sur les idées, sur les mœurs, et par là sur le droit et sur les institutions. Oui, cette influence reste certaine, même s'il faut croire à l'ostracisme volontaire dont les chrétiens, dit-on, se seraient frappés. Ne devient-elle pas évidente si cet ostracisme n'est le fait que du petit nombre, et si la grande majorité des fidèles s'est, au contraire, mêlée à la vie sociale contemporaine en tout ce qui n'était pas incompatible avec les préceptes de l'Évangile? Or, cela n'est pas douteux. On a trop oublié que les persécutions ne furent ni continuelles, ni toutes générales [1], et que c'est seulement pendant leur durée que l'éloignement des fonctions publiques s'imposait comme un devoir de conscience, à raison des pratiques païennes liées à ces fonctions et dont nul ne pouvait alors se dispenser. Il y eut de nombreux intervalles de paix. A certains moments cette paix devint presque de la faveur [2] pour le christianisme. Les fidèles vivaient, en ces temps-là, comme tout le monde; si bien qu'on vit de grandes âmes faiblir à cette épreuve et n'avoir plus de chrétien que le nom et la foi [3]. « Le grand nombre des fidèles que l'on trouve alors soit à la cour des empereurs, soit dans les diverses magistratures, prouve que l'abstention n'était pas systématique » [4]. Pendant la persé-

[1] « Il y en eut de locales, dit Paul Allard. On vit quelquefois des fidèles aller d'une province où ils étaient persécutés dans une autre où ils étaient laissés en repos » (*Hist. des persécut.*, t. I, introd. p. II). Pendant les 313 premières années de notre ère, l'Eglise a traversé, ajoute-t-il, « 6 années de souffrances au premier siècle, 86 au second, 24 au troisième, 13 au quatrième; elle avait été persécutée en tout pendant 129 ans » (*Ibid.*, p. IV). Il faut ajouter que pendant les 86 années de souffrance du second siècle la persécution ne fut ni générale, ni officielle. « Les magistrats ne poursuivent pas d'office; un chrétien n'est condamné que si un accusateur le défère au tribunal suivant les règles de la procédure ordinaire » (*Ibid.*, p. III et V).

[2] ALLARD, *Hist. des persécut.*, I, introd., p. IV.

[3] V. par exemple : *Vita S. Bonifacii* ap. *Acta sanctorum Maii*, t. III.

[4] ALLARD, *Hist. des persécut.*, t. I, introd., p. XXVII.

cution même, elle était loin d'être absolue. Elle ne fut jamais pratiquée à l'égard des fonctions et des professions dans lesquelles on pouvait rester chrétien en secret[1]. « Les disciples de Jésus, écrit Paul Allard, ne se sont jamais volontairement isolés du courant de la vie romaine. Ils paient l'impôt. Ils font le commerce. Ils servent dans les légions. Ils reconnaissent les lois, s'adressent aux tribunaux, portent même leurs causes devant l'empereur. Ils se marient. Ils travaillent, et le labeur manuel, méprisé par le paganisme, est par eux mis en honneur[2] ». J'ajoute que beaucoup d'entre eux sont esclaves, esclaves soumis et dévoués : car c'est par cette humble voie que les idées et les mœurs chrétiennes, précédant les croyances, se glissèrent dans bien des familles encore attachées au paganisme[3].

Le christianisme a donc sa part dans les transformations équitables qui se produisent pendant les trois premiers siècles dans les institutions de Rome[4]. Cette part est d'autant plus grande en ce qui concerne la *patria potestas* que cette institution est particulièrement sujette à se modifier avec les idées et les mœurs. Il est d'ailleurs impossible de préciser davantage et d'attribuer plus spécialement soit à l'Evangile, soit au Stoïcisme, soit à la force des choses telle ou telle des innovations que j'ai relatées[5]. Chacune et toutes, elles résultent, d'une façon plus ou moins complète, de l'action plus ou moins égale de ces trois puissances ; voilà tout ce que l'on peut dire.

Il en est autrement à dater de Constantin. L'influence du christianisme, sans cesse croissante pendant la période antérieure, l'emporte alors sur toute autre. La force des choses devient chrétienne. La philosophie n'a plus qu'un rôle très effacé. Elle n'agit plus guère que par les écoles ; car, ce ne sont plus les jurisconsultes qui font les lois, ce sont les empereurs ; et les empereurs ne sont plus des philosophes comme Marc-Aurèle. Ils auraient plutôt quelque tendance à se faire

[1] V. par exemple : S. *Sebastiani gesta* ap. *Acta sanctorum Januarii*, t. II.
[2] ALLARD, *Hist. des persécut.*, t. I, introd., p. XVII ; — Cf. BOISSIER, *La fin du paganisme*, t. I, p. 399 et s. ; 410 et s. ; 429 et s.
[3] Cf. ALLARD, *Esclaves chrétiens*, liv. II, ch. V, p. 298 et s.
[4] Cf. OZANAM, *Civilisation au Ve siècle*, t. I, p. 252, 253.
[5] Ci-dessus, p. 53 et s.

théologiens. On peut sans crainte attribuer à l'Eglise, d'une façon générale, les progrès que je vais indiquer à l'instant, soit qu'elle les ait réclamés, soit qu'ils se présentent seulement comme la conséquence naturelle d'une effusion plus large de sa doctrine et de son esprit. Mais ce n'est pas à dire qu'ils aient été réalisés uniquement en vue de rendre les institutions plus chrétiennes et pour obéir aux maximes de l'Evangile, aux exhortations des évêques, aux enseignements des docteurs. Ils furent souvent provoqués par les nécessités du moment. Les dispositions qu'ils consacrèrent, inspirées quelquefois par des motifs politiques, eurent souvent pour but de porter remède à quelque mal social ou de répondre à quelque nouveau besoin. Même alors, d'ailleurs, ils portent l'empreinte du christianisme, bien qu'ils ne soient pas directement son œuvre ; et c'est pourquoi, sans établir de distinctions entre eux, j'ai réservé pour ce chapitre l'étude, particulièrement importante pour nos origines, qui va les avoir pour objet.

2. *Le lien familial dans l'esclavage et le colonat.*

Avant de considérer les différents attributs de la *patria potestas,* il importe de donner quelque attention aux améliorations que la condition familiale des classes sociales inférieures reçoit des empereurs chrétiens.

Les jurisconsultes avaient admis déjà la formation, entre esclaves, d'une famille naturelle. Ils avaient cherché à en sauvegarder le lien, et, pour y parvenir, ils avaient fait valoir de temps à autre des raisons de sentiment. Malheureusement, de telles raisons ne pouvaient trouver place dans leur argumentation juridique que pour certains cas spéciaux et controversés, ordinairement rares en pratique [1]. Il n'en est plus de même après le triomphe de l'Eglise. Le mariage de l'esclave est aussi saint, aussi légitime aux yeux de celle-ci que les justes noces des personnes libres. La famille qui naît de cette humble union est une famille comme une autre [2], ses membres ont

[1] V. par exemple : Dig., XXI, I, 35, 39, 40 ; XXX, 71, § 3 ; XXXII, 41, § 2 ; XXXIII, VII, 12, § 7.

[2] Cf. ALLARD, *Esclaves chrétiens*, p. 274, 279.

réciproquement les mêmes droits et les mêmes devoirs ; le lien qui les unit n'est pas moins sacré. Aussi, le respect de ce lien n'apparaît-il plus, dans la législation de cette époque, comme un principe d'humanité applicable seulement après les principes du droit et à condition de laisser subsister toutes leurs conséquences : il s'impose en vertu d'un principe de morale supérieur au droit et assez puissant pour apporter à ses préceptes d'importantes dérogations.

Nous voyons Constantin se soumettre lui-même tout le premier à ce principe. Un partage de certaines terres impériales entre plusieurs tenanciers ayant eu lieu en Sardaigne, les esclaves dont on avait dispersé les familles s'étaient plaints à l'empereur. Il adresse aussitôt des instructions sévères à l'intendant de ses domaines dans les trois grandes îles d'Italie : « Il fallait, écrit-il, faire ces partages de telle sorte que chaque famille d'esclaves demeurât toute entière chez le même tenancier. Qui supporterait, en effet, que les enfants soient séparés de leurs parents, les frères de leurs sœurs, les femmes de leurs maris ? » Il veut que les familles dispersées soient réunies ; et si quelques esclaves ont fui pour rejoindre la leur, le maître de celle-ci devra garder le fugitif et donner un autre esclave en échange : « Et que l'on veille, ajoute-t-il en terminant, à ce qu'il n'y ait plus lieu désormais dans la province de pareilles plaintes »[1].

Honorius applique la même règle aux colons. Le colon, il est vrai, « a tous les droits civils de l'homme libre ; ses enfants lui appartiennent; il exerce la puissance paternelle, dont une conséquence est que ses enfants héritent de lui[2] ». Mais il est attaché à la terre par un lien qu'une absence continue de vingt années, pour la femme, et de trente ans pour l'homme est seule capable de briser. Qu'il se marie hors du domaine natal, on l'y ramènera de force. Son conjoint, attaché souvent lui-même à un autre sol, ne pourra l'y suivre. Leur famille sera détruite. Admettre, en pareil cas, un échange entre les

[1] C. Th., II, 25, a° 334. La date est douteuse ; -- Cf. GODEFROY, t. I, p. 218, 219 ; — GOYAU, *Chronol.*, p. 424.
[2] FUSTEL DE COULANGES, *Etude sur le colonat*, dans : *Recherches*, p. 104, 105.

maîtres des deux domaines, est plus difficile, juridiquement, que s'il s'agissait d'une famille d'esclaves ; car il est de l'essence du colonat que le colon ne soit pas plus cédé ou échangé sans la terre que la terre sans le colon. Si essentiels soient-ils, pourtant, ces principes cèdent devant les princes supérieurs de la morale, et les empereurs, statuant spécialement pour le cas où le colon fugitif est une femme, décident que son maître pourra la revendiquer, elle et le tiers de ses enfants ; mais que, après avoir fait reconnaître ses droits, il sera obligé de recevoir à la place d'autres colons[1]. « Nous ordonnons », écrit Valentinien III, en renouvelant les dispositions d'Honorius dans une constitution postérieure de peu d'années à la promulgation du code Théodosien, « nous ordonnons que ces revendications se terminent par voie d'échange, afin que les enfants ne soient pas séparés de leurs parents, car ce serait une chose impie. Le lien conjugal, même entre gens de cette sorte, doit être respecté et demeurer intact[2] ».

Le droit des père et mère, à quelque degré de l'échelle sociale qu'ils soient placés, est donc reconnu dès lors et consacré par la loi comme naturel et inviolable. L'esclave même a vraiment une famille, et, dans cette famille, le père exerce vraiment son autorité. Nous saurons ce qu'il en advint par la suite. Voyons ici ce que devient la *patria potestas* dans la législation de l'époque chrétienne, dans ce droit Théodosien destiné à régir pendant plusieurs siècles une partie considérable de la population de France.

3. *Relations personnelles entre parents et enfants.*

On n'a pas oublié les adoucissements considérables que reçut, de César à Constantin, le pouvoir paternel sur les personnes. La transformation s'accentue maintenant et s'achève.

L'infanticide et l'exposition si souvent et si énergiquement

[1] C. Th., V, 10, a° 419.
[2] Nov. Val., 30, § 2 et 3, a° 451.

condamnés par les écrivains chrétiens [1], devaient attirer tout d'abord l'attention de Constantin, récemment converti. Il venait alors d'accepter la dédicace des « Institutions divines » de Lactance, qu'il choisit peu de temps après comme précepteur de son fils, et l'écho des protestations éloquentes élevées dans cet ouvrage contre les attentats dont l'enfance était victime, se fait distinctement entendre dans l'édit qu'il fit publier, dès 315, pour les prévenir [2]. Lactance s'élevait contre ceux qui mettaient à mort les nouveau-nés, et les abandonnaient aux chiens, aux marchands d'esclaves et aux proxénètes. Il confondait dans la même réprobation l'un et l'autre crime : Constantin ne les distingue pas [3]. Il donnait aux parents coupables le nom de parricides : Constantin le leur donne [4]. Il s'indignait qu'ils cherchassent une excuse dans leur misère : Constantin veut que ce prétexte leur soit ôté [5]. S'ils sont pauvres à ne pas pouvoir élever leur famille, qu'ils le déclarent au magistrat : celui-ci leur fera distribuer d'urgence des vivres et des vêtements.

Cette loi, cependant, ne pouvait faire entièrement disparaître l'exposition et l'infanticide. Elle restait inefficace lorsque ces crimes n'avaient pas la misère pour cause. Constantin se préoc-

[1] V. notamment les textes cités par ALLARD, *Esclaves chrétiens*, liv. III, ch. II ; -- CORNIL, p. 436, 437 ; -- LALLEMAND, p. 76, 77.

[2] C. Th., XI, 27, 1 ; — GODEFROY, t. I, p. 161, 163.

[3] La loi en question peut paraître au premier abord ne viser que l'infanticide. Si l'on considère cependant les mesures qu'elle ordonne, on est porté à croire qu'elle vise tous les crimes analogues causés par la misère, et, par conséquent, l'exposition. La comparaison du langage de Constantin avec celui de Lactance rend cette opinion encore plus plausible.

[4] LACTANCE, *Inst. div.*, VI, 20 : « *Tam igitur nefarium est exponere quam necare. Et enim parricidæ facultatum angustias conqueruntur, nec se pluribus liberis educandis sufficere posse prætendunt* » ; — CONSTANTIN, *loc. cit.*, *sup.* : « *Proponatur lex quæ parentum manus a parricidio arceat... Officiumque tuum hæc cura perstringat, ut si quis parens adferat sobolem quam pro paupertate educare non possit, nec in alimentis, nec in veste impertienda tardetur...* ».

[5] Cf. note précédente. Ces rapprochements ont toute leur force si l'on admet que les « Institutions divines » ont été écrites entre 307 et 310. Si l'on adopte l'opinion de Tillemont, qui place leur composition en 321, ils perdent une partie de leur valeur, mais n'en demeurent pas moins légitimes, car Lactance était en crédit près de l'empereur lorsque fut promulguée la loi de 315 et c'est en 317 qu'il devint précepteur de Crispus (Cf. GOYAU, p. 404, texte et n. 4 ; p. 396, texte et n. 9).

cupa de la compléter. J'ai dit que dès le temps du jurisconsulte Marcien, la mère et l'aïeul, même revêtu peut-être de la puissance paternelle, se rendaient, par le meurtre de l'enfant, passibles des peines du parricide[1]. Il est probable que cette extension de la loi *Pompéia* avait fini par atteindre le père coupable, qui, d'ailleurs, son droit de vie et de mort ayant disparu, tombait, sans nul doute, sous le coup de la loi *Cornélia de sicariis*. Constantin consacra cette jurisprudence à la fin de 318, et rétablit en même temps, contre les descendants et les ascendants criminels, les anciennes peines que la loi *Pompéia* avait remplacées par des supplices moins effrayants[2]. Cette constitution de 318 et l'édit de 315 me semblent révéler d'une façon certaine la pensée un peu confuse de l'empereur. A ses yeux, l'exposition et le meurtre des nouveau-nés sont des crimes semblables, des parricides. L'extrême misère peut seule les excuser ou du moins en atténuer l'horreur. On fera donc disparaître cette excuse ou ce prétexte en mettant de prompts secours à la disposition des familles indigentes. On frappera ensuite les coupables avec la dernière rigueur.

Nous allons voir cette pensée faire son chemin dans la législation impériale et s'exprimer d'une manière plus précise et plus formelle dans les décisions des successeurs de Constantin. Ce prince n'en réalisait qu'une partie et nulle peine spéciale n'atteignait encore l'exposition des nouveau-nés. Si les circonstances du fait ne permettaient pas d'accuser les parents de meurtre ou de tentative de meurtre ; si, par exemple, les précautions par eux prises manifestaient l'intention de réclamer l'enfant plus tard ou seulement de lui assurer, autant qu'il dépendait d'eux, la rencontre d'un *nutritor*, il devait être impossible de les poursuivre. Cette situation appelait l'intervention de la loi. Constantin n'alla pas jusqu'à assimiler l'exposition au meurtre, comme l'auraient voulu ses principes ; mais il songea à diminuer le nombre des expositions, et à venir en même temps en aide aux exposés. Aussi, le voyons-nous en

[1] Cf. ci-dessus, p. 56.
[2] C. Th., IX, 15, 1.

334, ôter aux parents coupables tout espoir de réclamation ultérieure[1]. Désormais, qu'ils le sachent bien, en exposant leur enfant, ils se séparent à jamais de lui. Ils l'abandonnent pour toujours à la discrétion de celui qui le recueillera, peut être il est vrai, pour le traiter en fils, mais peut être aussi pour le traiter en esclave[2].

Ce que Constantin n'avait pas encore osé faire, Valentinien Ier l'osa. Peut-être l'influence croissante du christianisme avait-elle rendu moins communs l'infanticide et l'exposition ; peut-être aussi les lois dont je viens de parler avaient-elles produit de salutaires effets : toujours est-il que le 7 février 374 les empereur Valentinien, Valens et Gratien adressent à Probus, préfet du prétoire, un rescrit conçu en ces termes : « Si un homme ou une femme commet le crime de tuer un enfant, ce crime sera puni de mort »[3]. Ce rescrit est à la fois plus général et plus précis que la loi de 318 sur le parricide. Il ne vise que le meurtre de l'enfant en bas âge, du nouveau-né : « *infans* » ; mais il atteint l'avortement qui restait en dehors de cette loi, et tandis qu'elle pouvait ne paraître applicable qu'au meurtre, par un ascendant, de l'enfant déjà reconnu pour tel et admis dans la famille, il frappe de la peine capitale tout infanticide, quel qu'en soit le mode, la victime et l'auteur. Ainsi se trouvait confirmée et consacrée dans toute son étendue la jurisprudence qui appliquait à ces crimes, non sans quelque indécision au sujet de la peine[4], les lois *Pompeia* et *Cornelia* : jurisprudence impuissante, lois facilement éludées en ce point au temps du paganisme, si nous en croyons Tertullien[5]. Pour faire entrer dans la législation les idées autrefois émises par Paul[6], et plus

[1] C. Th., V, 7, 1.

[2] Je n'ai pas à examiner si l'enfant ingénu, exposé et devenu l'esclave de son *nutritor*, conserve ou non, après cette loi, le droit qui lui était reconnu sous Trajan (Plin. jun. *Ep.*, X, 12) de réclamer sa liberté. Pour la négative, V. Godefroy. t. I, p. 480, 481 (*ad leg.* I, C. Th., V, 7) ; pour l'affirmative, Cornil, p. 432.

[3] C. Th., IX, 14, 1 ; — Godefroy, t. III, p. 89.

[4] Cf. Godefroy, t. III, p. 90.

[5] *Ad nat*, I, 15 : « *Non aliter vos quoque infanticidæ qui infantes editos enecantes, legibus quidem prohibemini : sed nullæ magis leges tam impune, tam secure eluduntur* ».

[6] Cf. *supra*, p. 56, n. 5.

récemment par Constantin d'après Lactance[1], il ne restait plus qu'à étendre à l'exposition le châtiment si nettement prononcé contre l'infanticide. C'est ce que firent les empereurs moins d'un mois plus tard, le 4 mars 374 : « Que chacun élève ses enfants, disent-ils, celui qui les exposera sera passible de la peine qui a été établie »[2].

Les trois princes se trompaient, du reste, en croyant le moment venu de tirer cette conséquence des principes admis par Constantin. Il est plus que douteux que leur loi ait jamais pu être appliquée. Elle ne se trouve plus dans le code Théodosien où figure pourtant une loi d'Honorius qui la présuppose[3]. Les expositions d'enfants continuèrent à se produire, et si leur nombre diminua, cette diminution ainsi que nous le verrons dans un instant ne lui fut pas due. En 389, saint Ambroise se plaint encore qu'elles aient lieu à Milan, dans les classes pauvres[4]. Au cinquième siècle, les conciles des Gaules s'occupent des enfants abandonnés. Est-ce pour invoquer les lois de Valentinien et faire appel aux pouvoirs publics afin qu'elles soient appliquées ? Pas le moins du monde. Il n'est pas même fait mention d'elles, c'est à celles de Constantin et d'Honorius

[1] Cf. *supra*, p. 158, n. 4.

[2] C. Just., VIII, 52, 2 : « *Unusquisque sobolem suam nutriat. Quod si exponendam putaverit, animadversioni quæ constituta est subjacebit* » (*dat.* IV, non. Mart.). On a beaucoup discuté sur le point de savoir à quelle loi Valentinien se réfère en écrivant le 4 mars 374 : « *Animadversioni quæ constituta est subjacebit* ». C'est, ce me semble, tout simplement à sa propre constitution du 7 février précédent ; et la peine dont il entend parler est la peine capitale édictée alors par lui contre l'infanticide auquel il veut maintenant assimiler l'exposition (Cf. Godefroy, t. I, p. 482, *ad leg.*, 2 C. Th., V, 7 ; — Troplong, p. 274, texte et n. 1). Remarquez le verbe « *putare* » employé par Valentinien. Il signifie penser, croire. Ceux qui croient qu'ils peuvent exposer leurs enfants se trompent, dit l'Empereur ; ils seront passibles des peines établies. Etablies contre qui ? Evidemment contre ceux qui s'affranchissent de l'obligation signalée en commençant : « *Unusquisque sobolem suam nutriat* ». Or, en dehors de l'exposition, on ne voit pas d'autres moyens illégitimes de se soustraire à cette obligation que l'avortement et l'infanticide. Valentinien rappelle donc tout d'abord la règle qu'il a posée : chacun doit élever ses enfants ; nul ne peut se débarrasser d'eux en les tuant. « Et que l'on ne dise pas, ajoute-t-il (*quod si... putaverit*), que, pour se défaire d'eux sans les tuer, il faut les exposer (*exponendam*) ; car ce sera se rendre passible de la même peine (*animadversioni quæ constituta est subjacebit*).

[3] Cf. Godefroy, t. I, p. 482.

[4] *Hexam*, V, 18.

sur l'exposition et la vente des nouveau-nés que l'on se réfère. « Il s'est élevé de toutes parts des plaintes au sujet des enfants exposés, disent les Pères de Vaisons en 442. Ce n'est plus, paraît-il, à la pitié publique, mais aux chiens qu'on les abandonne. On se refuse à les recueillir par crainte de la calomnie : et de déplorables considérations humaines l'emportent sur les lois de la charité. Voici cependant ce que l'on doit observer à leur égard, conformément aux constitutions des très fidèles Augustes et des très pieux princes. Quiconque trouvera un de ces enfants doit se munir d'une attestation de l'église et ensuite le recueillir. Néanmoins, le dimanche suivant le prêtre annoncera de l'autel qu'un enfant a été recueilli par quelqu'un de l'église, afin que ses parents le reprennent s'ils prouvent, dans les dix jours de l'exposition, qu'ils l'ont reconnu. Ils pourront donner ce qu'ils voudront pour la charité faite pendant ces dix jours ou en laisser la récompense à la grâce de Dieu. Si quelqu'un inquiète par ses revendications et ses calomnies ceux qui auront recueilli dans ces formes un enfant trouvé, il sera assimilé à l'homicide[1] ». Dix ans plus tard ces dispositions sont reproduites par le concile d'Arles[2]. Ainsi l'on songe moins à punir les parents coupables qu'à sauver les enfants ; à stimuler la charité à leur égard ; à la protéger contre la malignité publique, les calomnies, les spéculations des mauvais pères ; à ouvrir aux parents eux-mêmes les voies du repentir et de la réparation. Les mêmes idées inspireront encore, pendant les siècles suivants, le droit civil et le droit canonique. C'est que la misère est dès lors, ou à peu près, l'unique cause des expositions d'enfants, et que toute loi dont l'effet est de placer les misérables entre les incertitudes de sa sanction et les certitudes de leur misère, est vouée d'avance à rester lettre morte. Le moindre palliatif est plus efficace, en pareil cas, que la plus logique, la plus juste, et, en apparence, la plus décisive des rigueurs.

[1] Conc. Vasense, c. 9, 10; — HARDOUIN, t. I, p. 1790.
[2] Conc. Arelatense, a° 452 c. 51 ; — HARDOUIN, t. II, p. 777 : « *Si quis expositus ante ecclesiam...* » Nous retrouverons dans la suite cette coutume de déposer à la porte de l'église les enfants que l'on abandonne.

Les lois aumônières de 315, pourtant, s'étaient aussi révélées très vite comme insuffisantes. Constantin ne tarda pas à s'apercevoir qu'il s'était fait, en les édictant, de grandes illusions sur sa prospérité financière et sur le nombre des familles indigentes qu'il s'engageait de la sorte à secourir. Il fallut trouver autre chose. On en vint donc à réglementer ce qui restait au père de son antique droit de vente, dont l'exercice, interdit en général[1], demeurait toléré dans le cas d'une extrême nécessité.

L'empereur avait songé d'abord à empêcher ces ventes comme il avait songé à empêcher les expositions. C'est dans ce but qu'il avait prescrit en 322 des distributions de secours[2], et déclaré en 315 et 323 que la vente ne préjudicierait ni à l'ingénuité ni à la liberté de l'enfant[3]. Il ne faisait que renouveler ainsi des dispositions déjà en vigueur; mais il les généralisait en proscrivant la vente dans tous les cas sans exception[4]. Il ne tarda pas à voir combien de telles lois étaient impuissantes contre la misère publique et nuisibles aux enfants, qu'il voulait protéger. Aussi revint-il sur ses décisions, et, voyant dans la réglementation de la vente un moyen de diminuer les expositions, il reprit et compléta les lois de ses prédécesseurs[5]. Désormais, tout acheteur d'un nouveau né en devient propriétaire : l'acte signé, le prix payé, il peut disposer de lui librement et même le revendre. Il ne saurait donc plus être question de *mancipium*, ni même, d'une servitude de fait : l'enfant est véritablement esclave[6]. Personne ne peut, sans encourir les sévérités de la loi, aller contre les droits qu'elle reconnaît à

[1] Cf. ci-dessus, p. 56, 57.
[2] C. Th., XI, 27, 2.
[3] C. Th., IV, 8, 2. La loi de 315 se trouve dans les *Frag. Vatic.*, 33.
[4] Cf. ci-dessus, p. 57, texte et n. 5. La constitution de 323 ne prouve pas à elle seule, il est vrai, que Constantin ait entendu supprimer l'ancienne tolérance; mais elle en donne la certitude quand on la rapproche de la constitution de 322, dans laquelle l'empereur qualifie la vente de crime et déclare que sa conscience s'oppose également à ce qu'il laisse ses sujets mourir de faim ou vendre leurs enfants : « *Abhorret, enim nostris moribus ut quemquam fame confici vel ad indignum facinus prorumpere concedamus* ».
[5] Cf. ci-dessus, p. 57, n. 5.
[6] Telle est aussi l'opinion de Jacques Godefroy, t. I, p. 484, col. 1, *in fine*; — Cf. *Frag. Vat.*, § 34 : « *Etiam nunc si a suis parentibus certo prætio comparasti, jus dominii te possidere existimamus* ».

son nouveau maître. Le vendeur seul[1] est autorisé à réclamer l'enfant en offrant sa valeur ou un autre esclave[2].

Si l'empereur, du reste, ne parle que de la vente des nouveau-nés[3], ce n'est pas, semble-t-il, d'une manière limitative. Il est à croire qu'il statuait seulement pour le cas le plus ordinaire et que l'exception à l'interdiction générale s'étendait à toutes les ventes causées par la misère, quel que fût l'âge de l'enfant. C'est du moins ce que donnent à penser certains passages des Pères de l'Eglise. Ici, par exemple, saint Jérôme nous parle d'une mère dont les trois enfants ont été vendus et le mari torturé et emprisonné à raison de la même dette fiscale[4]. Là, saint Ambroise nous montre un père obligé de choisir entre ses fils celui qu'il vendra, pour ne pas mourir de faim. « Lequel de mes enfants vendrai-je d'abord ? s'écrie l'infortuné. L'aîné ? mais c'est de lui que j'ai reçu pour la première fois le nom de père ! Le plus jeune ? mais c'est lui que j'aime avec le plus de tendresse ! Comment dépouillerai-je mon âme de père ? Comment pourrai-je mettre mon fils aux enchères ? Quelles paroles trouverai-je pour discuter le prix ?[5] » Cette vente pour payer le fisc ne saurait être illégale. Ces enchères ont lieu ouvertement, publiquement. La loi, sans nul doute, les tolère, bien que la voix du sang et la voix de la conscience protestent contre elles. Il faut donc admettre que Constantin les avait autorisées par sa constitution de 319, ou du moins que sa constitution ne tarda pas à leur être étendue en pratique par suite de la misère du temps[6].

Ce fut l'erreur de Théodose, comme vingt ans auparavant celle de Valentinien, en matière d'exposition, de croire que l'on pouvait venir en aide aux enfants victimes de cette misère,

[1] Cf. Godefroy, t. I, p. 484, *ad h. leg.*

[2] C. Th., V, 8, 1, anno 329 ; — Godefroy, t. I, p. 483 ; — V. dans les *Frag. Vat.*, § 34, un rescrit de 313 dans le même sens. Constantin ne faisait donc que revenir à ses décisions premières.

[3] « *A sanguine* » dit la loi, et elle est placée dans le Code Théodosien sous la rubrique : « *De his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint* ». Même expression dans les *Frag. Vat.*, § 34.

[4] Cité par Godefroy, t. I, p. 182.

[5] Cité par Paul Allard, *Esclaves*, p. 375.

[6] Cf. Godefroy, t. I, p. 484, col. 2, *in fine*.

en mettant seulement obstacle à ses effets. Il abrogea en 391 les dispositions de Constantin, et voulut que toutes les personnes devenues esclaves en vertu de ces dispositions reprissent leur ingénuité première, sans avoir à indemniser leur acheteur, soit en argent, soit en services, du prix versé par lui pour elles[1].

Cette loi eut certainement pour effet immédiat la délivrance de nombreux esclaves. Quel fut au juste son sort ultérieur? Nous l'ignorons; mais la première crise un peu grave devait renverser et renversa en effet la fragile barrière à l'abri de laquelle elle avait placé la liberté de l'enfant. Vers 450[2], la misère ayant cruellement sévi dans toute l'Italie, et aussi sans doute en Gaule, les ventes d'enfants devinrent si nombreuses que les pouvoirs publics durent intervenir de nouveau. Au commencement de 451, Valentinien III adresse à Aétius, patrice des Gaules, une constitution déclamatoire qui ne fait, au fond, que reproduire la loi de 329, en la rendant même plus favorable à l'acheteur. L'empereur il est vrai, après avoir rappelé, non sans emphase, les horreurs de la famine, et protesté en faveur de la liberté, déclare rescindables les ventes d'enfants dont le fléau a été la cause. Mais il ajoute aussitôt que la rescision est subordonnée au versement d'une indemnité comprenant le prix indiqué dans l'acte de vente et vingt pour cent en sus. « C'est, dit-il, pour que l'acheteur, recevant plus que ses débours, n'ait pas lieu de se repentir d'avoir acheté dans des circonstances désespérées; et pour que, d'autre part, la liberté aliénée sous le coup d'une calamité si grande ne soit pas définitivement perdue ».

[1] C. Th., III, 3, 1.

[2] C'est la première date certaine que nous ayons en ce qui concerne la vente des enfants par leurs parents, mais il n'est pas croyable que le fait se soit alors produit pour la première fois depuis la fin du IV[e] siècle. Il existe d'ailleurs une constitution très probante en ce sens, bien qu'elle vise seulement les expositions et les ventes faites par les patrons et les maîtres. Elle fut publiée par Honorius sous le consulat de Monaxius et de Plinta, par conséquent, en 419 (GOYAU, p. 623; — BOUCHÉ-LECLERC, p. 611), l'empereur paraît y refuser à l'enfant vendu la *proclamatio ad libertatem*; il admet bien la revendication du patron ou du maître, et déclare même qu'il est honteux d'y résister; mais il veut que l'on rembourse à l'acheteur ou au *collector* le double du prix et toutes les dépenses dont il aura relevé le compte (App. C. Th., V; — GODEFROY, t. VI, p. 283).

Ainsi proscrite en principe et tolérée en fait, la vente ne cessa pas plus que l'exposition. Nous les retrouverons l'une et l'autre à l'époque franque. Ce que nous ne retrouverons plus, c'est l'abandon noxal. Nous l'avons vu se transformer à l'époque classique en une sorte de louage de services. L'influence du christianisme acheva de la faire disparaître. « Nos anciens, dit Justinien, admirent il est vrai, la *noxæ datio* des fils de famille ; mais les idées nouvelles et les nouvelles mœurs entraînèrent le rejet de cette dure coutume et elle tomba complètement en désuétude »[1].

Ce n'est pas, d'ailleurs, remarquons le bien, par respect pour l'autorité paternelle que l'on tolère la vente : c'est par nécessité, pour éviter de plus grands maux. On ne reconnaît plus au père le droit de disposition qu'il avait jadis sur les membres de sa famille. C'est dans leur intérêt, et non dans l'intérêt de son pouvoir, que certaines lois lui laissent encore la possibilité d'un acte qui serait tenu pour crime, si l'extrême misère ne venait l'excuser et le transformer en malheur.

Ces lois cherchent à sauvegarder la vie de l'enfant et, autant que possible, sa liberté. Il en est d'autres qui cherchent à sauvegarder, à favoriser son éducation[2]. Tel est l'édit de 320 sur le rapt, dont je reparlerai bientôt. Constantin y fait appel à d'épouvantables supplices pour arrêter les discours corrupteurs sur les lèvres des *nutrices* auxquelles les jeunes filles étaient trop souvent confiées[3]. Telle est aussi la constitution par laquelle, en 409, Honorius interdit aux parents de placer leurs enfants en nourrice chez les gardeurs de troupeaux qui infestaient les campagnes de leurs brigandages[4]. Telle est encore

[1] Inst. Just, IV, 8, 7.

[2] Les parents Gallo-Romains des classes aisées paraissent, d'ailleurs, avoir eu grand souci de donner à leurs enfants une éducation et une instruction brillantes. Les écoles étaient florissantes en Gaule et l'on n'hésitait pas à envoyer les jeunes gens achever leurs études à Rome (Cf. LAFERRIÈRE, IV, p. 182, 183 ; — Sur les écoles, voyez : C. Th., XIV, 9 ; — OZANAM, *Ét. Germ.*, II, p. 409 et s. ; — BOISSIER, I, p. 171 et s.).

[3] C. Th., IX, 24, 1 : Sur ces *nutrices* et sur les pédagogues auxquels on confiait les garçons, voir les citations et les détails donnés par GODEFROY, t. III, p. 204, col. 1, et PAUL ALLARD, *Esclaves chrétiens*, p. 127 et s.

[4] C. Th., IX, 31, 1 : « *Aliis vero rusticanis*, ajoute l'empereur, *ut fieri solet, nutriendos dari non vetamus* ».

la loi que Théodose le Jeune promulgua pour l'Orient en 428, dans le but de protéger les filles des *lenones* contre la cupidité de leurs pères, et qui fut étendue dix ans après à tout l'empire par son insertion au Code. « Nous ne pouvons souffrir, dit-il, que les *lenones* qui contraignent au péché leurs filles ou leurs esclaves, puissent librement commettre un si grand crime et conserver leurs droits... Celles qui désormais seront en butte à leurs violences, pourront, si elles le veulent, implorer la protection des évêques, des juges et des *defensores*... les coupables ne perdront pas seulement leur autorité, ils seront en outre exilés et condamnés aux mines ; et c'est là certes une moindre peine que celle qu'ils feraient subir à leurs victimes s'ils pouvaient les prostituer malgré elles »[1].

J'ai fait connaître d'autre part, les atténuations considérables subies par le droit de correction paternelle[2]. Le père qui tue son fils, pour quelque crime que ce soit, n'est plus un justicier, mais un parricide[3]. Sa compétence comme magistrat domestique s'est restreinte aux bagatelles quotidiennes.

Le tribunal familial a disparu[4]. L'influence maternelle suffit à tempérer une puissance ainsi diminuée de toutes parts. Le besoin d'un contrepoids plus puissant se fait d'autant moins sentir que celui-là devient de jour en jour plus efficace : « A mesure que le pouvoir paternel décline, dit fort bien Paul Gide, l'autorité de la mère grandit; et l'on voit les deux puissances, par des mouvements contraires, tendre vers le même niveau »[5]. Elles finiront par l'atteindre et s'y confondre : l'autorité paternelle sera devenue l'autorité des parents. J'essaierai de faire connaître les phases de cette évolution dont

[1] C. Th., XV, 8, 2 ; — Cf. GODEFROY, t. V, p. 347.

[2] Cf. ci-dessus, p. 58 et s.

[3] C. Th., IX, 15, 1 ; — Cf. GODEFROY, t. III, p. 115.

[4] C'est du moins ce qu'il est permis d'inférer de la constitution par laquelle Valentinien I[er] donne au conseil de famille le droit de correction sur les enfants de maison sénatoriale, orphelins de père et de mère (C. Th., IX, 13, 1, a° 365), S'il était nécessaire de faire une loi spéciale à ces orphelins pour conférer (*tribuimus*) ce droit à leurs proches, c'est apparemment que l'usage avait cessé de le reconnaître à aucun conseil de famille, même après la mort des parents, *a fortiori* pendant leur vie.

[5] GIDE-ESMEIN, p. 101.

notre Code civil consacre les résultats ; mais il importe de relever un de ses points de départ dans le droit des empereurs chrétiens, voire même dans le droit classique[1]. C'est, il est vrai, après la mort du père que l'autorité maternelle se révèle le mieux dans la législation romaine[2]; mais les mœurs semblent devancer les lois. La *materfamilias* apparaît de plus en plus à l'époque chrétienne comme la reine du foyer domestique. Constantin l'y déclare inviolable et défend aux juges eux-mêmes de l'y poursuivre[3]. Saint Augustin donne à entendre que sa volonté doit toujours être prise en considération pour le mariage de sa fille mineure, et même l'emporter sur toute autre lorsque celle du père fait défaut[4].

De toutes les questions qui se posent en matière d'autorité paternelle, il n'en était d'ailleurs aucune dont la solution dût porter plus profondément l'empreinte des idées nouvelles que celle du mariage des enfants. Nulle autre n'intéresse plus gravement les droits du père et ceux de l'enfant; nulle autre, à raison du caractère sacramentel du mariage chrétien, ne s'imposait avec plus d'urgence à la sollicitude de l'Eglise. Aussi le double respect qu'elle professe, et pour la liberté individuelle et pour l'autorité, se manifeste-t-il avec force, à cette époque et sur ce point, dans les lois civiles qu'elle inspire comme dans les canons de ses conciles et les écrits de ses docteurs.

Le respect de l'autorité voulait que le consentement paternel restât nécessaire à l'enfant pour se marier : de nombreux textes consacrent et sanctionnent ce principe.

[1] Cf. ci-dessus, p. 58, texte et n. 4 et p. 59, texte et n. 1.

[2] Cf. ci-dessus, p. 64, 65, et ci-après, p. 185, 186.

[3] C. Th., I, 10, 1, a° 316. La sanction est formidable : « *Quod si quis in publicum matremfamilias posthac crediderit protrahendam, inter maximos reos, citra ullam indulgentiam, capitali pœna vel exquisitis potius exitiis suppliciisque plectatur* ».

[4] S. Aug. *ep.*, 123, *ad Benenatum* : « ... *Mater, cujus voluntatem in tradenda filia omnibus ut arbitror natura proponit* » ; — Pour l'époque classique : Cod. Just., V, 4, 1 : Sévère et Antonin ; — Pour l'époque suivante : Cod. Just., V, 4, 20. Honorius. Cependant il se pourrait que la mention de la mère à côté des *propinqui*, dans ces textes, fût due a Tribonien, car la loi 1 C. Th., III, 7 qui parle du consentement du père et de celui des *propinqui* ne parle pas de celui de la mère. Peut-être aussi visent-ils seulement le cas où la mère est tutrice. C'est aussi le cas de tutelle de la mère que vise la loi 6, C. Th., III, 5.

Du côté des empereurs, c'est d'abord la loi de 320, dont les sévérités contre le rapt nous sont déjà partiellement connues[1]. Constantin y condamne la jeune fille et son ravisseur à des supplices si cruels que l'on hésita souvent ensuite à poursuivre les coupables, et que Constant dut réduire la peine à la simple décapitation[2]. Aucune excuse n'est admise; la sentence est sans appel. Constantin, dans l'intérêt des mœurs publiques, cette fois, plutôt que de la *patria potestas*, va jusqu'à refuser aux parents le droit de pardonner à leur fille et de ratifier son union : en le faisant, ils ne lui éviteront pas la condamnation qu'elle a méritée, et ils se rendront eux-mêmes passibles de la déportation. On ne la tient pas même pour exempte de crime lorsqu'elle n'a pas été complice de son enlèvement et qu'elle a seulement cédé à la violence. « Elle est coupable, dit l'empereur, de ne s'être pas tenue dans la maison paternelle jusqu'à son mariage; et, si le ravisseur a forcé les portes, de ne pas avoir crié au secours et résisté de toutes ses forces. Elle a donc mérité un châtiment, quoique plus léger; et nous ordonnons qu'elle soit exclue de la succession de ses parents[3]. La rigueur de cette loi fut bientôt tempérée, en faveur du mariage et dans l'intérêt des enfants, par Valentinien Ier. De graves abus s'étant produits, ce prince décida que désormais le crime de rapt serait prescrit par cinq ans : ce temps écoulé sans poursuites, l'union des coupables devenait un véritable mariage et leurs enfants devaient être tenus pour légitimes[4].

En 371, d'autre part, le même empereur impose aux veuves de famille sénatoriale qui veulent se remarier, la nécessité d'obtenir le consentement de leur père, si elles sont mineures de 25 ans, fussent-elles même émancipées[5]. Un quart de siècle plus tard, Honorius renouvelle ces dispositions sans rien qui

[1] Ci-dessus, p. 166, texte et n. 3.

[2] C. Th., IX, 24, 2, a° 349. Sur les peines édictées par Constantin, voir Godefroy, *ad h. leg.*, t. III, p. 205.

[3] C. Th., IX, 24, 1.

[4] C. Th., IX, 24, 3; — Cf. Godefroy, t. III, *ad h. leg.*, 206, 207 et *ad leg.*, IX, 6, 2, p. 55.

[5] C. Th., III, 7, 1; — Cf. Godefroy, t. III, p. 301.

les restreigne aux filles ou veuves de race noble[1]. En 409 il interdit de chercher à obtenir de l'empereur lui-même un rescrit qui permette de passer outre au refus du consentement paternel : si on l'obtenait par surprise, le mariage serait nul, les enfants bâtards et le coupable puni de la déportation sans rémission possible[2]. En 422 enfin, il ordonne que les fiançailles conclues du vivant du père, et par lui, ne puissent être rompues après sa mort par le tuteur de sa fille, même du consentement de celle-ci. Le respect dû à l'autorité paternelle lui paraît l'exiger ainsi, non moins que l'intérêt de la fiancée : « Il est de la dernière iniquité, dit-il, que la volonté d'un tuteur, peut-être vénal, l'emporte sur la volonté du père ; quand, la plupart du temps, on constate que la décision même de la jeune fille va contre son propre avantage[3] ».

L'Église ne parle pas autrement que les empereurs, bien que la sanction attachée à ses préceptes sur ce point soit moins rigoureuse. « Il ne sied pas à la pudeur virginale de choisir un mari, dit saint Ambroise. Si quelque femme, même, étant devenue veuve de bonne heure, veut se remarier, qu'elle le fasse, mais seulement dans le Seigneur. Qu'elle s'en remette donc à ses parents du choix qu'elle doit faire. Elle doit paraître recherchée en mariage plutôt qu'à la recherche d'un mari[4] ». « Que les fiancés soient présentés par leurs parents à la bénédiction nuptiale » dit aussi le quatrième concile de Carthage[5], dans un canon qui dut être reçu de bonne heure en Gaule, puisque les collections canoniques du XI[e] siècle l'attribuent presque toutes au concile tenu à Valence en 374. En 451, le concile œcuménique de Chalcédoine excommunie les coupables du crime de rapt et leurs complices[6]. Il est donc manifeste que

[1] C. Just., V, 4, 20.
[2] C. Th., III, 10, 1 ; — Cpr. C. Th., III, 11, 1.
[3] C Th., III, 5, 7. Les diverses constitutions ci-dessus ne visent, il est vrai, que le mariage des filles, mais il n'est pas douteux que le consentement paternel ne soit requis pour celui des fils, bien que les dispositions qui précèdent ne lui soient évidemment pas toutes applicables.
[4] S. *Ambr.* in Corp. jur. can., II, 32, 2, 13 « *Honorantur* ».
[5] Conc. Carth., IV, c. 13, a° 398 ; — HARDOUIN, t. I, p. 980.
[6] Conc. Chalced., actio XV, c. 24 ; — LABBE, t. IV, p. 768 ; — Cf. VANTROYS, p. 229, 230.

l'Église, comme le disent les Pères du concile de Trente « a toujours détesté et défendu les mariages contractés sans le consentement paternel[1] ». Les a-t-elle, en outre, à l'exemple de la loi civile regardés comme nuls ? Je ne le crois pas[2].

Les droits de l'enfant ne sont pas moins soigneusement sauvegardés que ceux du père. En 306, le concile d'Elvire interdit aux parents de rompre les fiançailles de leurs enfants[3]. Constantin fait entrer dans la loi civile une prohibition semblable en ce qui concerne les filles, mais seulement pour deux années à dater des fiançailles et si le fiancé est militaire[4]. Théodose tempère en faveur de la jeune fille les lois anciennes qui la condamnaient, en cas de dédit, à rendre au fiancé congédié le quadruple des arrhes. Désormais, elle sera affranchie de cette peine si elle a été fiancée avant sa douzième année. Si les fiançailles ont eu lieu plus tard, son père seul sera responsable si c'est lui qui l'a fiancée ; dans tout autre cas, la jeune fille devra payer, mais pour peu qu'on l'ait forcée d'accepter les arrhes, elle aura recours contre l'auteur de la contrainte[5].

S'il n'est pas en tout ceci question des fils, c'est qu'il n'y avait plus rien à faire pour eux depuis longtemps[6]. Les filles, nous le savons, restent encore dans une assez grande dépen-

[1] Conc. Trid, *sess.* 24, *de ref. mat.*, 1 ; — Cf. ci-dessus, p. 144, 145.

[2] Cf. Vantroys, p. 134 et s. : 143 ; 153 et s. L'opinion de cet auteur en ce qui concerne spécialement le cas de rapt (p. 228-229) ne paraît pas suffisamment établie. Il est fort possible que les empereurs aient excédé sur ce point, comme sur tant d'autres, les exigences de l'Eglise, en établissant un empêchement dirimant et perpétuel. Le consentement des parents semble notamment, à l'époque dont je m'occupe ici, avoir purgé le vice de rapt. C'est ce que donnent à penser deux textes insérés au *Corpus juris canonici* (II, 36, 2, c. 8 et 9) et tirés l'un de saint Jérôme, l'autre de saint Ambroise. Il devait en être de même, en pratique, sous la loi civile (Cf. ci-dessus, p. 169, texte et n. 4, et ci-après, 2e part., ch. I, VII).

[3] Conc. Illiberit, c. 54 ; — Hardouin, t. I, p. 256.

[4] C. Th., III, 5, 4, a° 332 ; — Cf. Godefroy, I, p. 291 ; et ci-après, n. 5.

[5] C. Th., III, 5, 6, a° 380. Cette loi, ainsi que celle de la note précédente, a pour origine principale les dispositions des lois caducaires, comme le démontre Godefroy (*ad has leg.*, t. I, p. 291 et 295), mais il ne paraît pas douteux qu'elles n'aient été inspirées aussi par le désir de sauvegarder les enfants contre les abus de l'autorité paternelle. C'est d'ailleurs par la porte des *leges Juliæ* que nous avons déjà vu entrer dans la législation romaine bon nombre de dispositions favorables à la liberté du mariage (Cf. ci-dessus, p. 59, 60).

[6] Cf. ci-dessus, p. 59 et s.

dance pendant leur minorité[1] ; mais une fois qu'elles ont atteint l'âge de vingt-cinq ans, elles jouissent d'une liberté plus complète. Elles peuvent notamment disposer de leur main sans le consentement de personne lorsqu'elles sont veuves[2] ; peut-être en est-il de même lorsque, ne l'étant pas, elles ont perdu leur père[3].

Le même souci de la liberté se fait voir dans les décisions de l'Eglise en une matière que le droit romain avait à peine connue jusqu'alors : je veux parler de l'entrée des enfants en religion. « On ne peut douter, dit Thomassin, que ce ne fût le sentiment et la pratique des premiers siècles de laisser le choix de la condition à la liberté de chaque particulier et à la liberté même de l'Esprit-Saint[4]. » Et le savant oratorien cite plusieurs textes à l'appui de son opinion. C'est d'abord la règle de saint Basile, qui autorise l'enfant offert par ses parents à un monastère à se retirer, s'il lui plaît, lorsqu'il atteint l'âge de prendre par lui-même une décision. Puis c'est un passage de saint Augustin dans le même sens ; et enfin, une lettre écrite par le pape saint Léon à Rusticus, évêque de Narbonne : « L'état monastique, y lisons-nous, ne peut être abandonné sans péché par celui qui l'a choisi de lui-même volontairement, et les jeunes filles qui ont reçu l'habit et embrassé la vie des vierges de leur plein gré, sans y être forcées par leurs parents, pèchent si elles se marient ensuite[5] ». Le même pape paraît n'avoir pas été étranger à la promulgation d'une novelle dans laquelle, en 458, Majorien défendit aux parents de vouer leurs filles malgré elles à la virginité. L'empereur, en effet, interdit de consacrer et de voiler, avant l'âge de 40 ans, les religieuses offertes par leur père ou par leur mère. Ce pontife, si nous en

[1] Cf. ci-dessus, p. 169.
[2] La loi citée ci-dessus, p. 169, n. 5, ne s'applique, en effet, qu'aux veuves mineures de 25 ans.
[3] Arg. des mots « *vel ipsis adultis puellis* » de la Constitution de 409 (ci-dessus, p. 170, n. 2) et de la fin du texte de saint Augustin cité p. 168, n. 4 : « *mater... cujus voluntatem. . omnibus natura proponit, nisi eadem puella in ea jam ætate fuerit ut jure licentiori sibi ipsa eligat quod velit* ».
[4] THOMASSIN, t. I, col. 1765.
[5] THOMASSIN, t. I, col. 1765, 1766 ; — SIRMOND, I, p. 115.

croyons son biographe Anastase, avait publié lui-même une décision toute pareille [1]. C'est dans le même esprit que le troisième concile de Carthage avait prescrit de ne pas conférer les ordres majeurs aux élèves de moins de 25 ans [2].

J'aurai achevé de faire connaître les régles des relations personnelles au foyer domestique dans l'empire d'Occident et spécialement dans la Gaule, lorsque j'aurai mentionné quelques dispositions législatives destinées à protéger les parents contre l'ingratitude de leurs enfants. Ces dispositions sont de deux sortes. Les unes frappent directement les attentats contre la vie des ascendants : ce sont les lois qui condamnent les parricides à de cruels supplices [3]. Les autres arment les ascendants du droit de punir eux-mêmes les actes d'ingratitude moins graves, en demandant au juge la révocation des donations ou de l'émancipation dont ils ont fait bénéficier le coupable.

C'est l'empereur Constance qui régla les conditions de cette révocation, établie par les lois de Dioclétien. Pour le pére, il n'apporta aucune restriction à la généralité de ces lois [4]. Pour la mère, la révocation ne porta plus que sur la moitié des libéralités reçues par l'ingrat. Elle ne put être demandée que par la mère seule et seulement contre l'enfant donataire, à l'exclusion des héritiers de l'un et de l'autre : encore la mére dut-elle se trouver dans des conditions spéciales pour l'obtenir. Si elle n'a pas le droit de cité romaine, si elle a convolé en secondes noces, si sa conduite n'est pas irréprochable, point de révocation possible [5]. L'empereur ne tarda pas cependant à juger trop avare la loi qui, pour tant d'exigences, ne protégeait qu'à demi la dignité maternelle Il décida, en 358, que la révocation obtenue par la mère porterait à l'avenir sur la totalité des dons [6].

Valentinien III, à son tour, trouva trop considérables les

[1] BARONIUS, *Annal. ad ann.*, 458 ; — Nov. Majorian., 8, au commencement.
[2] Conc. Carth., III, c. 4, a° 397.
[3] C. Th., IX, 15, 1, a° 318. Cpr. C. Th., XI, 36, 4.
[4] C. Th., VIII, 13, 2 ; a° 349 ; — Cf. ci-dessus, p. 61, texte et n. 8.
[5] C. Th., VIII, 13, 1 ; a° 349.
[6] C. Th., VIII, 13, 4.

droits accordés au père et trop exclusives les lois qui ne les accordaient qu'à lui. Il étendit donc à tous les ascendants mâles le bénéfice de ces lois; puis, restreignant leurs effets, il décida que la révocation n'aurait plus lieu que pour certaines causes déterminées. L'existence de ces causes resta soumise à l'examen du juge, mais celui-ci dut, en cas de difficulté, renvoyer l'affaire au tribunal même de l'empereur[1].

Quels étaient les textes visés dans cette constitution comme indiquant les causes légales d'ingratitude? Nous ne le savons pas. Il paraît certain qu'il existait contre les enfants ingrats un système de législation remontant peut être à Dioclétien[2]. Valentinien Ier s'y référait déjà dans le rescrit où il déclarait, en 367, l'émancipation révocable pour ingratitude[3]: et c'est peut-être de là que Justinien tira plus tard ses décisions en la matière[4]. Les causes de révocation visées, tant par Valentinien III pour les donations, que par Valentinien Ier pour l'émancipation, seraient alors l'injure atroce, les sévices et les tentatives contre la vie ou la fortune de l'ascendant donateur[5]. Les termes de la constitution de 367 paraissent donner en ce sens de sérieuses probabilités.

4. *Régime des biens dans la société paternelle.*

Le régime des biens dans la société paternelle, avait subi pendant les trois premiers siècles des changements notables.

[1] C. Th., VIII, 13, 6, a° 426.
[2] Cf. ci-dessus, p. 61, texte et n. 8.
[3] C. Th., VIII, 14, 1 a° 367: « *Filios contumaces qui patres vel acerbitate convicii, vel cujuscunque atrocis injuriæ dolore pulsassent, leges, emancipatione rescissa, damno libertatis immeritæ mulctare voluerunt* ». Il n'est pas sans intérêt de noter ici que cette constitution est datée d'Ambianum (Amiens), ville alors assez importante de la seconde Belgique.
[4] L'évolution de ce système de législation serait alors la suivante: répression de l'ingratitude de l'affranchi dès l'époque classique (Dig., 23, 3, 69, § 6; — *Frag. Vat.*, § 272; — C. Th., IV, 11, 1 et 2); extension de ces dispositions, sous quelques restrictions, à l'ingratitude des enfants, par Dioclétien et ses successeurs (ci-dessus, p. 61, texte et n. 8 et les citations faites ici même); extension des mêmes dispositions à tous les donataires ingrats par Justinien (C. Just., VIII, 56, 10).
[5] C. Just., VIII, 56, 10.

La copropriété familiale avait achevé de faire place à la propriété individuelle, en laissant seulement sa trace dans les obligations imposées au père en matière de dot et de testament. Ce qui avait été jadis le patrimoine de tous était devenu le patrimoine d'un seul ; mais, par contre, le fils de famille pouvait désormais avoir aussi son patrimoine : dans les limites de son pécule militaire, il était *paterfamilias*.

Ces premiers pas dans une voie si différente de celle où les traditions primitives avaient maintenu jusqu'alors la famille romaine étaient les plus difficiles et devaient ne se faire qu'avec lenteur. Les suivants furent plus rapides, et les transformations que j'ai fait connaître pourront sembler petites au prix de celles dont nous abordons l'étude. Les plus considérables concernent les biens des enfants ; je les exposerai d'abord. Nous passerons ensuite à celles qui concernent les biens du père.

Le pécule profectice du fils de famille, son pécule *castrense*, la dot de la fille, restent soumis dans la législation des empereurs chrétiens aux mêmes règles que par le passé. Mais, dès le commencement de cette nouvelle époque, deux nouveaux pécules, le pécule adventice et le pécule *quasi castrense*, apparaissent presque en même temps.

En 326, en effet, Constantin déclare que les biens acquis par les officiers du Sacré-Palais dans l'exercice de leur charge, à titre de traitement ou de gratification, seront assimilés entre leurs mains à un pécule militaire[1]. Ces dispositions furent étendues en 422 aux assesseurs des magistrats[2], en 424 aux avocats[3], plus tard aux officiers des préfectures[4]. Il y avait cependant une différence entre le nouveau pécule et celui des militaires. Ces derniers avaient, d'une manière générale, le droit de disposer de leurs *bona castrensia* par testament, par dona-

[1] C. Th., VI, 35, 15.

[2] C. Th., I, 12, 2 : rendue d'abord pour l'Orient. Son extension à l'Occident dut résulter au moins de son insertion au Code Théodosien.

[3] C. Théod., II, 10, 3 pour l'Orient ; — Nov. Théod., 34 (VALENT. III, a° 442) pour l'Occident.

[4] C. Just., XII, 37, *ult.*

tion entre vifs, par donation à cause de mort. Pareille concession n'avait été faite expressément qu'à certains possesseurs d'un pécule *quasi-castrense*. Il y avait doute pour les autres; et ce doute ne fut résolu d'une manière complète et définitive que par Justinien[1].

Le pécule adventice avait pris naissance un peu avant le pécule *quasi-castrense*. C'est en 319 que Constantin adressa au Sénat une *oratio* dans laquelle il s'exprimait en ces termes : « Il nous a plu que, sans préjudicier à la piété et à la vénération dues au nom sacré qu'ils portent, les pères de famille cessent de pouvoir dépouiller leurs enfants en puissance et conservent néanmoins l'usufruit des biens de ceux-ci. Que les pères jouissent donc de ces biens mais que la permission de les aliéner leur soit retirée désormais. Nous voulons que, en devenant *sui juris* à la mort de leur père, les enfants trouvent le patrimoine de leur mère intact et n'aient à le partager avec qui que ce soit »[2]. C'est ce patrimoine qui constitue dès lors le pécule adventice.

La libre administration en est confiée au père en même temps que la pleine jouissance; mais s'il dispose de quelque chose qui en dépende, cet acte ne sera pas opposable à l'enfant, qui pourra toujours revendiquer son bien. « Si le père, désireux de voir son fils *paterfamilias*, l'émancipe, il devra lui remettre l'héritage de la mère, mais le fils, après avoir reçu ainsi l'indépendance et être devenu maître de sa fortune, devra, pour échapper à tout reproche d'ingratitude, offrir à son père, en reconnaissance, le tiers des biens que celui-ci lui aura gardés. Le père pourra librement disposer de ce tiers ». Le vœu de la loi est cependant qu'il le conserve pour son fils. Constantin, en effet, donnant quelques jours plus tard, au vicaire d'Italie, ses instructions pour l'application de cette loi lui écrit : « Si le père croit devoir accepter cette part du patrimoine de son fils, il faudra confier le soin de faire le partage à des hommes compétents et consciencieux. Après quoi, le

[1] Cf. C. Just., III, 28, 37, *pr.*
[2] C. Th., VIII, 18, 1.

père pourra aliéner son tiers ; si tant est qu'il se trouve un seul père à vouloir user de cette faculté : car le fils sera conduit par son propre intérêt à s'efforcer de mériter par sa piété, son affection, ses soins, de recevoir lui-même en don ce qu'il aura donné à son père »[1].

On voit assez en tout ceci le but que poursuit l'empereur. Il veut protéger la fortune de l'enfant, mais sans diminuer les revenus du père ; garder au père sa jouissance, mais sans lui donner avantage à ne pas émanciper l'enfant ; favoriser cette émancipation, mais sans rien faire perdre au père, ni matériellement, ni moralement. La façon dont il s'y prend pour arriver à tant de fins est assurément ingénieuse ; mais le programme était trop complexe pour qu'on pût, en le réalisant, fermer du premier coup la porte à tous les abus. Il ne tarda à s'en produire d'assez notables. Constantin y pourvut en 334 par une constitution qui va nous faire connaître à la fois le mal et le remède.

« On nous a rapporté, dit-il, que certains pères, ayant perdu leur première femme, travaillent, contre tous les sentiments de la nature, à ruiner leurs enfants. Ils s'arrogent sur les biens de ceux-ci, après s'être remariés, des droits exorbitants. Sous prétexte que l'usufruit leur en est laissé, ils osent s'en emparer et les dissiper de telle sorte que les orphelins sont frustrés et ne peuvent même pas agir en justice. Aussi nous plaît-il d'enlever pour l'avenir aux pères remariés tout droit sur les biens de leurs enfants du premier lit. Ils les administreront seulement en qualité de tuteurs, jusqu'à ce que les mineurs soient parvenus à l'âge requis ; et nous ordonnons que l'on conserve tout à ceux-ci pour le leur restituer alors[2] ».

Ainsi se trouvaient complétées les bases du nouveau système législatif. Il se développa rapidement. Dès 349, on constate une tendance à assimiler aux biens donnés ou laissés par la mère, ceux qui viennent des autres ascendants maternels. Ils sont encore acquis au père en général, mais si l'enfant devient

[1] C. Th., VIII, 18, 2.
[2] C. Th., VIII, 18, 3.

sui juris avant d'avoir fait la *cretio*, ou, quand il s'agit d'un legs, avant le *dies cedens*, les biens lui appartiennent. On ne tient nul compte de l'ordre d'acceptation qu'il pourrait avoir reçu de son père lorsqu'il était encore en puissance[1]. Trente ans à peine s'écoulent, et l'assimilation est chose faite[2]. Bientôt après, Honorius renouvelle les dispositions qui la consacrent. Il déclare qu'on n'y dérogera plus en faveur de qui que ce soit et défend d'en solliciter dispense[3]. Valentinien se les approprie à son tour, mais en augmentant légèrement les droits paternels pour le cas où le fils a été émancipé avant le décès de la mère ou de l'ascendant maternel dont l'héritage lui est dévolu. Le père aura droit à un témoignage de reconnaissance, comme pour l'émancipation faite après le décès : il ne prendra pourtant cette fois qu'une part virile en usufruit[4]. Enfin, l'*oratio ad Senatum* qui contient cette décision, fait entrer dans le pécule adventice les biens acquis par les enfants à l'occasion et par suite de leur mariage[5]. Le père conservait d'ailleurs son usufruit sur ces biens ainsi que son droit à en exiger le tiers en cas d'émancipation. Ces deux points, au sujet desquels un doute subsistait encore, furent éclaircis par une constitution interprétative rendue deux ans après celle-ci[6].

En même temps, on trancha une autre question qui, paraît-il, avait donné lieu à controverse, bien qu'elle se résolve aisément dans la théorie du pécule adventice telle que nous la connaissons aujourd'hui. Il s'agissait de savoir si la dot ou la donation *ante nuptias* émanées du père étaient comprises dans ce pécule. Non, répondit l'empereur, et, le cas échéant, elles feront retour au père ; car s'il en était autrement, il serait à craindre que les parents ne se montrassent moins généreux

[1] C. Th., VIII, 18, 5 : CONSTANCE, a° 359.
[2] C. Th., VIII, 18, 6 : GRATIEN, a° 379 ; — Godefroy fait honneur de cette innovation à l'influence chrétienne : « *Christiana disciplina patriæ potestatis duritiem paulatim emolliente* (*ad has leg.*, t. II, p. 656).
[3] C. Th., VIII, 18, 7, a° 395.
[4] C. Th., VIII, 18, 9, a° 426.
[5] C. Th., VIII, 19, 1, a° 426.
[6] C. Just., VI, 61, 2, a° 428.

envers leurs enfants. C'étaient là, du reste, des biens profectices : La logique voulait qu'ils fussent traités comme le pécule profectice et non comme les *bona adventitia*.

La condition de ces derniers aux mains de l'enfant nous est assez connue par ce qui précède. Mais que devenaient-ils lorsqu'il décédait sous la *patria protestas?* Aucune loi ne lui accordait le droit d'en disposer par testament. Se transmettaient-ils du moins comme hérédité légitime ? Non, en principe. Le père les recueillait à titre de pécule, « *jure peculii* », ou, pour parler comme l'empereur Constance, « *jure patrio* ». Toutefois d'importantes exceptions furent admises.

Constance décida tout d'abord que les biens maternels dévolus à l'enfant retourneraient à ses parents maternels s'il mourait avant sa sixième année[1]. Plus tard, Valentinien III, dans l'*oratio ad Senatum* que j'ai déjà citée plus d'une fois, n'admet plus l'intransmissibilité des biens que dans le cas où l'enfant est décédé sans postérité. Dans ce cas même, si le père s'est remarié avant le décès ou depuis, les biens maternels du *de cujus* forment, au profit de ses frères et sœurs germains, une véritable hérédité légitime : le père n'en a que l'usufruit. Le défunt a-t-il laissé des enfants? Ces *bona materna* leur sont dévolus à titre héréditaire. Le père en jouira s'il a les héritiers en sa puissance ; s'il ne les a pas, ce qui arrivera notamment quand le *de cujus* ne sera pas son fils, mais sa fille, le pécule adventice lui échappera complètement[2]. Enfin en 439 une novelle de Théodose le Jeune assimile la dot et la donation *ante nuptias* aux biens maternels, dans le cas où l'enfant décédé *in potestate* laisse lui-même des descendants[3].

Lorsque l'enfant devenait *sui juris*, il prenait plein pouvoir sur les biens qui lui étaient laissés ou qu'il acquérait dans la suite. Il pouvait notamment en disposer à titre gratuit, soit entre vifs, soit par testament. La loi cependant ne méconnaît pas les devoirs qu'il conserve envers ses parents. Tant qu'il est *in potestate* et que, d'une manière générale, il acquiert pour

[1] C. Th., VIII, 18, 4, a° 339.
[2] C. Th., VIII, 18, 10, a° 426 ; — Cf. C. Th., V, 1, 8, *in fine*.
[3] Nov. Théod., 7, *in fine*.

son père, elle ne pose aucune limite à la liberté exceptionnelle qu'elle lui accorde de tester *de peculio castrensi vel quasi castrensi*. Contre de tels testaments la *querela* n'est pas recevable[1]. Elle l'est, au contraire, suivant le droit commun, contre le testament de l'enfant *sui juris*, et cela, non seulement au profit de ses descendants injustement exhérédés, mais encore au profit de ses ascendants s'ils n'ont pas reçu leur légitime. Cette légitime, appelée aussi « *luctuosa portio* » et fixée au quart de leur part *ab intestat*, ne peut pas leur être enlevée sans motifs graves. La loi indiquait-elle ces motifs en ce qui concerne le père? Nous l'ignorons. Pour la mère, ils furent déterminés en 321 par Constantin, qui les groupa sous quatre chefs : tentatives contre les mœurs de l'enfant; attentat contre sa personne; connivence avec ses ennemis; haine persistante, se manifestant dans la conduite habituellement tenue à son égard. L'enquête judiciaire révélait-elle quelque fait de nature à rentrer dans l'une de ces catégories? Le testament s'exécutait sans que la mère eût rien à prétendre. Dans le cas contraire, il était rescindé comme inofficieux[2].

Tel est, dans l'Occident romain, le régime des biens de l'enfant à l'époque où la Gaule va passer sous la domination franque. Si nous considérons maintenant le régime des biens du père, nous n'y trouverons pas de transformations aussi grandes. C'est le droit de l'époque classique qui forme encore le fond de la législation en cette matière : les innovations sont peu nombreuses et ne portent généralement que sur des détails. Elles ne concernent guère que l'hérédité testamentaire et les questions qui s'y rattachent.

L'Eglise ne pouvait être contraire à la liberté de tester du père de famille. Le respect qu'elle professait et pour l'autorité paternelle et pour les dernières volontés des morts s'accordait en cela avec l'intérêt des fondations religieuses et charitables qu'elle avait fait surgir de toutes parts. La générosité des fidèles avait été jusqu'alors la seule ressource de ses hôpitaux et de ses orphelinats, aussi bien que de ses sanctuaires. Les

[1] Cf. C. Just., III, 28, 24 et 37; — Dig., 49, 17, 10.
[2] C. Th., II, 19, 2.

chrétiens des premiers siècles l'avaient compris, et, pleins de foi dans la vertu rédemptrice de l'aumône, ils tenaient à ne pas mourir sans y consacrer par testament une partie de leur fortune. Cette coutume ne disparut pas lorsque les établissements ecclésiastiques purent compter sur la protection et sur les libéralités, forcément insuffisantes, des empereurs. Constantin ordonna même expressément que chacun eût pleine liberté de s'y conformer[1]. Mais la faveur dont jouissait l'Eglise avait fait entrer en elle « la multitude des âmes vénales que la victoire attire et qui deviennent l'embarras ou l'opprobre du vainqueur »[2]. Les passions humaines s'élevèrent contre l'ancien usage ou s'en emparèrent. On vit des enfants avides refuser d'exécuter les dernières volontés de leurs parents. Le quatrième concile de Carthage, puis ceux de Vaisons et d'Arles[3] durent porter contre eux l'anathème. On vit aussi des parents dénaturés s'autoriser de cet usage, inspiré d'abord par le plus pur esprit de l'Evangile, pour satisfaire d'injustes antipathies en dépouillant leurs enfants. Nous avons entendu saint Augustin protester contre cet abus : « Eh quoi! s'écrie-t-il ailleurs, celui qui est irrité contre son fils et qui le déshérite en mourant, s'il vivait, ne l'apaiserais-je pas? Ne devrais-je pas les réconcilier ensemble? Comment donc puis-je vouloir qu'ils soient en paix si je cherche à obtenir l'héritage? A Dieu ne plaise! mais que le père fasse ce que j'ai souvent conseillé. A-t-il un enfant, qu'il fasse au Christ la part d'un autre. En a-t-il deux? que le Christ soit le troisième. En a-t-il dix? Qu'il donne au Christ la onzième part, et je l'accepte[4].

L'idée qui se manifeste dans les conseils du grand évêque, celle d'un droit naturel de l'enfant à l'héritage paternel, est la source d'où dérivent les plus importants changements opérés dans la législation sur le point et à l'époque qui nous occupent. Elle se fait jour en 383 dans une constitution par laquelle Valentinien III décide que les enfants de la fille émancipée

[1] C. Th., XVI, 2, 4, a° 321.
[2] Kurth, I, p. 166.
[3] Conc. Carth., IV, c. 95, a° 398; — Conc. Vasense, a° 442, c. 4; — Conc. Arelat. II, a° 452, c. 47.
[4] S. Aug. in corp. jur. can., II, 13, 2, 8 : « *si quis irascitur* ».

excluront complètement de sa succession *ab intestat* le père émancipateur. « Les enfants suffisent, disent-ils, pour recueillir la succession de leur mère : ils doivent primer et exclure tous les autres héritiers légitimes [1] ». Six ans plus tard, le même prince fait prévaloir le droit naturel des descendants, même simples cognats, sur le droit que les agnats possédaient de temps immémorial, en vertu de la loi civile et de coutumes antérieures à toute loi. Il appelle les *nepotes ex filia* à la succession de leurs grands parents maternels comme représentant leur mère, même en présence d'héritiers siens. Cependant, il n'ose pas tirer les dernières conséquences de ce principe. Il s'arrête, comme saisi de respect, devant l'antiquité vénérable de l'institution sur laquelle il vient de porter la main, et il décide que les *nepotes* ne prendront pas, dans la succession, toute la part que leur mère y aurait prise : ils en laisseront un tiers aux héritiers siens, un quart aux agnats [2]. C'est encore la même idée qui inspirait le législateur lorsqu'il constituait le pécule adventice du fils de famille en hérédité légitime au profit de ses enfants [3], et Théodose l'exprime très clairement au commencement de la novelle que j'ai citée à ce sujet. « C'est le devoir de la majesté impériale, dit-il, de pourvoir aux intérêts de ceux-là même qui ne sont pas nés encore, et de préparer, dans les contrats des parents, l'acquittement de leur dette naturelle envers leurs enfants à venir [4] ». L'antique notion de la copropriété familiale reprend place ainsi dans la législation qui ne conservait pour ainsi dire plus que son souvenir ; mais elle y reparaît sous un aspect nouveau et dégagée enfin des conceptions agnatiques, rendue à sa vérité naturelle, elle s'y montre plus juste et plus large que par le passé.

Il n'y a que peu de chose de changé aux dispositions qui régissaient antérieurement la faculté d'exhérédation pour motifs graves reconnue aux ascendants. La plainte d'inofficiosité est

[1] C. Th., V, 1, 3.
[2] C. Th., V, 1, 4, a° 389.
[3] Cf. ci-dessus, p. 179.
[4] Nov. Th., 7.

seulement rendue plus rare et remplacée dans bien des cas par l'action en complément de la quarte, qui concilie mieux le respect dû au testateur avec les exigences de la justice. Cette action n'est pas de création récente ; mais tandis qu'autrefois l'enfant frustré d'une partie de sa légitime pouvait, à son choix, réclamer ce qui lui manquait ou bien faire rescinder entièrement, par la *querela*, les donations ou le testament inofficieux, désormais, la *querela* lui sera refusée si le testateur lui a fait un legs ou une donation en ordonnant expressément de compléter la quarte, le cas échéant, à dire d'expert [1]. L'enfant était ainsi toujours sûr d'obtenir sa légitime et le père toujours sûr que ses dernières volontés s'exécuteraient.

Le respect de l'autorité paternelle en matière de dernières volontés inspira encore les deux lois de Constantin sur le partage d'ascendant. La première consacra en 321 la validité du partage fait par le père entre ses héritiers siens, même par un testament imparfait. « Quoique le testament soit déclaré nul, disait le prince, nous voulons que l'on tienne compte de la volonté du testateur sur ce point spécial... afin que la mémoire du père défunt ne soit pas offensée et qu'il soit coupé court à toute occasion de procès » [2]. La seconde consacra en 327 la validité du partage fait par la mère entre ses enfants de son vivant, pourvu qu'elle eût persévéré dans la même volonté jusqu'à son décès [3]. Enfin Théodose II reconnut au survivant des époux, usufruitier de certains biens réservés aux enfants, le droit d'en opérer le partage entre ces derniers [4].

5. *Durée de la* patria potestas. — *Déchéances totales ou partielles.*

Le droit de l'époque précédente demeure intact sous les empereurs chrétiens en ce qui concerne la durée de la *patria potestas*. En principe elle est perpétuelle. L'émancipation de

[1] C. Th., II, 19, 4 ; — CONSTANCE, a° 361.
[2] C. Th., II, 24, 1 ; — Cf. GODEFROY, t. I, p. 214, 215.
[3] C. Th., II, 24, 2.
[4] Nov. Th., 7 ; — Cf. ci-après, p. 187.

l'enfant, la mort du père, tels sont ses modes d'extinction les plus ordinaires ; nous les étudierons d'abord. Nous aurons à considérer ensuite quelques événements qui entraînent pour le père déchéance totale de son pouvoir; puis quelques déchéances partielles infligées, dans l'intérêt des enfants, au survivant des père et mère qui se remarie.

L'émancipation paraît être devenue très fréquente à Rome dans les derniers siècles de l'empire. Elle est entrée dans les mœurs. On la regarde comme un bienfait précieux pour le fils, presque comme un devoir pour le père[1]. Le plus souvent ce dernier souhaite lui-même de voir son fils devenir *paterfamilias*, et il lui donne l'indépendance dès que sonnent ses vingt-cinq ans[2]. C'est là l'usage ordinaire ; mais on peut émanciper l'enfant à tout âge, et même avant qu'il soit sorti de l'*infantia*[3].

Le mode de l'émancipation n'a pas changé. Elle n'a encore lieu ni par rescrit, ni par mariage. Habituellement elle est accompagnée d'une donation[4]. Elle met fin à l'usufruit paternel; mais le fils, comme je l'ai dit, doit abandonner à son père, en témoignage de gratitude, la pleine propriété d'une certaine partie de ses biens[5].

Si l'émancipation relâche le lien familial, elle ne le rompt pas. L'enfant émancipé ne peut, si c'est une fille, ni se marier, ni même se remarier avant vingt-cinq ans sans le consentement paternel[6]. Il vient à la succession de ses parents par la *bonorum possessio unde liberi*. De leur vivant, il est tenu de leur rendre à peu près les mêmes devoirs d'affection, de respect, d'assistance que s'il était sous leur autorité. Ce n'est plus le « *jus potestatis* » qui l'y oblige, mais c'est le « *jus obsequii* » et Constance exprime d'une manière fort remarquable la similitude de ces deux sortes d'obligation par le jeu de mots

[1] C. Th., VI, 4, 16; — CONSTANCE, a° 459 : « *Nec sane* DEBITA FILIORUM VOTIS *patrum vota cessabunt...* »

[2] C. Th., VIII, 18, 2 : « *Cum ætates legitimæ liberorum ad emancipationem parentes invitaverint, et patres familias videre filios suos voluerint* ».

[3] C. Th., VIII, 12, 2; — CONSTANTIN, a° 316.

[4] Cf. GODEFROY, t. II, p. 610, *ad leg.*, 2, C. Th. VIII, 12.

[5] Cf. ci-dessus, p. 178.

[6] Cf. ci-dessus, p. 169.

intraduisible dont il se sert pour exprimer la condition des enfants émancipés à cet égard. « *Patres liberos suos exuant potestate, magis propriis obsequiis mancipatos* » [1]. En manquant gravement à ces devoirs, l'enfant s'exposerait à voir révoquer à la fois l'émancipation et les donations qu'il aurait reçues [2].

Lorsque l'enfant n'a pas été émancipé avant le décès de son père, il devient *sui juris* par ce décès. Il est dès lors maître de sa personne et de ses biens. Il n'est plus soumis à aucune puissance. La mère cependant, associée jusqu'alors à l'autorité paternelle, en conserve quelques restes. On ne saurait douter que le *jus obsequii* lui ait toujours été reconnu. A l'époque des empereurs chrétiens, nous l'avons vu, les mœurs tendent à lui attribuer un rôle prépondérant dans le mariage de ses filles [3], et les lois lui accordent le droit de faire prononcer contre l'enfant ingrat la révocation des donations dont elle est l'auteur [4]. Si les enfants sont mineurs, elle peut s'en faire nommer tutrice. Dès avant Constantin, ce droit lui avait été reconnu. Lorsqu'elle n'en voulait pas user, on lui imposait le devoir de leur faire nommer un tuteur sous peine de perdre leur succession. Ces dispositions sont renouvelées et étendues aux grands parents en 357, et rendues plus rigoureuses en 372 par Valentinien, qui punit la négligence de la mère en lui retirant la capacité de tester et de faire des donations. Théodose le Jeune juge cette sévérité excessive et revient au droit antérieur [5]. La tutelle restait d'ailleurs une charge virile. La mère pouvait demander à la remplir, mais on ne l'y appelait jamais. Encore fallait-il pour l'obtenir que trois conditions, indiquées en 390 et 439 par les deux Théodose, se trouvassent réunies : absence de tuteur testamentaire ou légitime ; majorité de la mère ; engagement pris par celle-ci, sous serment, de ne pas se remarier [6].

[1] C. Th., VI, 4, 16.
[2] Cf. ci-dessus, p. 173 et 174.
[3] Cf. ci-dessus, p. 168, texte et n. 4.
[4] C. Th., VIII, 13, 1 et 4 ; — Cf. ci-dessus, p. 173.
[5] C. Th., III, 18, 1 et 2 ; — Nov. Th., 5, a° 439.
[6] C. Th., III, 17, 4 et nov. Th., 5.

Du vivant même du père, elle pouvait se trouver substituée à lui de la sorte, soit qu'il devînt fou, soit qu'il subît une déchéance totale de son autorité. J'ai indiqué l'une des causes qui amènent une telle déchéance; mais ce n'est pas seulement lorsqu'il prostitue sa fille que le père est déchu de son pouvoir. Le même effet se produit dans tous les cas où il perd la liberté ou le droit de cité, notamment par suite d'une condamnation criminelle[1].

Rétabli plus tard dans ses dignités et dans ses biens, il reprend la *patria potestas*. Tel était, du moins, l'enseignement de Papinien. Constantin consacre cette doctrine, en validant toutefois les actes que l'enfant, devenu *sui juris* par la condamnation de son père, a faits avant la réhabilitation[2].

L'autorité paternelle prend fin aussi par la condamnation du fils. En ce cas, la grâce accordée au condamné ne la fait pas revivre. Il est logique de rendre au père, en même temps que ses dignités et ses biens, une puissance qui figure au premier rang des uns et des autres. Rien ne s'oppose au contraire à ce que l'enfant réhabilité soit *sui juris* : la puissance de son père ne compte ni parmi les dignités, ni parmi les biens qu'on lui rend.

Nous connaissons déjà quelques-unes des dispositions qui prononcèrent contre le survivant des père et mère, des déchéances partielles en cas de secondes noces. C'est la loi de 334 qui enlève au père son usufruit et le réduit en ce qui concerne les biens des enfants au rôle de tuteur. C'est encore la loi de 349 qui ôte à la mère le droit de faire révoquer les donations par elle faites à ses enfants du premier lit ; puis la loi de 390 qui veut que avant d'être admise à la tutelle elle s'engage à ne pas se remarier[3]. Si elle manque à cette promesse, elle perd la tutelle, et les biens de son second mari sont affectés avec les siens à la garantie de sa gestion. C'est enfin la loi

[1] Remarquez, du reste, que le *leno* qui prostitue sa fille est frappé d'une condamnation de ce genre : mais pour lui la déchéance se produit indépendamment de la condamnation (Cf. ci-dessus, p. 166, 167).

[2] C. Th., IX, 43, 1, a° 321.

[3] Cf. ci-dessus, p. 173, 177, 185.

de 426 qui remplace, en cas de convol, par un simple usufruit, le droit antérieurement reconnu au père de s'approprier « *jure peculii* » les biens adventices de l'enfant mort, sans postérité[1].

Avant cette dernière loi, d'autres dispositions étaient déjà venues s'ajouter aux deux premières. En 382, Théodose enlève à la mère remariée la propriété des biens qu'elle tient de son premier mari ou qu'elle a recueillis dans la succession d'un enfant du premier lit. Il ne lui laisse que l'usufruit de tout cela; elle devra conserver la nue-propriété à ses enfants ou du moins à ceux d'entre eux qu'il lui plaira d'en faire profiter. Pour les pères, l'empereur se contente de les exhorter à observer la loi qu'il impose aux mères; mais il laisse entendre qu'elle leur sera étendue s'ils ne s'y conforment pas de leur plein gré[2]. Il est à croire qu'ils montrèrent plus de complaisance pour les sollicitations de leurs secondes femmes que pour celles du prince, car Théodose II dut exécuter en 439 la menace de son aïeul. Majorien renouvela les dispositions de ses prédécesseurs en ce qui concerne la mère. Il lui retira en outre le droit de disposition restreint que Théodose lui avait accordé relativement à la nue-propriété des *sponsalia*. Sévère confirma cette décision en 464, et voulut que la mère, remariée ou non, n'eût plus que l'usufruit de ces mêmes biens[3].

Ces diverses lois, Godefroy le fait observer avec raison[4], ne sont pas édictées en haine des secondes noces. C'est uniquement l'intérêt des enfants qui les inspire. Leurs dispositions ne sont pas des pénalités contre l'époux qui se remarie, mais des restrictions à l'autorité du père ou de la mère que des affections nouvelles peuvent entraîner à se servir de cette autorité au détriment de leurs enfants d'un premier lit. Ce sont de véritables déchéances partielles qu'elles prononcent dans certains cas où l'abus de pouvoir est à craindre, comme d'autres lois prononcent des déchéances totales, soit quand l'abus s'est produit,

[1] Cf. ci-dessus, p. 179.
[2] C. Th., III, 8, 2; — *Adde : ibid.* 3, Honorius, a° 412 et III, 9, 1, Arcadius, a° 398.
[3] Nov. Th., 7; — Nov. Major., 8, a° 458; — Nov. Sever, 1.
[4] Godefroy, *ad leg.*, 2 C. Th., III, 8; t. I, p. 310.

soit quand l'indignité et l'incapacité du père résultent, en dehors de tout abus, des condamnations qu'il a méritées.

6. *Adoption et bâtardise.*

L'adoption ne nous retiendra pas longtemps. Il n'en est pas parlé au code de Théodose; on s'en tenait donc en ce point au droit classique. Elle mettait fin à la puissance du père naturel, et donnait en même temps naissance à la puissance, toute semblable, du père adoptif. Elle avait lieu par la volonté de l'un et de l'autre. Peut-être, en fait, lorsque l'adopté n'était plus un enfant, sollicitait-on aussi son consentement, bien que la loi ne l'exigeât point. Primitivement impossible aux femmes, l'adoption avait été permise par exception, « *in solatium amissorum filiorum* », à celles dont les véritables enfants étaient tous morts[1].

On sait que l'adoption était devenue fréquente à Rome sous l'empire. La stérilité et l'instabilité des mariages tendaient à rendre très commun ce mode artificiel de perpétuer les familles. En fut-il de même chez les Gallo-Romains ? Il est permis de le croire, au moins pour les classes sociales au sein desquelles le luxe et les vices de Rome avaient le plus profondément pénétré. L'adoption avait lieu devant le magistrat et dans des formes qui tenaient de l'émancipation et de la vente. En pratique on se contentait, semble-t-il, d'un acte dressé devant la curie[2], peut-être même d'un acte reçu par un tabellion, ou dressé sous la signature privée des parties. C'est du moins ce que permettent de supposer et l'interdiction de ces usages par Dioclétien, et leur persistance en Gaule pendant toute la période franque[3].

Les *justæ nuptiæ* et l'adoption étaient, on le sait, les seules sources de la puissance paternelle à l'époque classique. Le concubinat, le mariage du droit des gens ne créaient entre

[1] C. Just. VIII, 48, 5; — Dioclétien, a° 291.

[2] On lit en effet dans l'*interpretatio* de la loi 2, C. Th., V, 1 : « *Adoptivum, id est gestis ante Curiam adfiliatum* ».

[3] C. Just., VIII, 48, 4; Dioclétien, a° 290; — Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 485.

les parents et leurs enfants que des obstacles au mariage, une obligation alimentaire réciproque, des droits de succession incomplets, le droit et l'obligation au respect. Tels étaient aussi les rapports des *spurii* avec leur mère. Leur père étant légalement inconnu, ils n'étaient à son égard ni plus ni moins que des étrangers[1]. Il pouvait par conséquent disposer de ses biens en leur faveur, soit entre vifs, soit par testament, au détriment de ses enfants légitimes; mais il lui était impossible de réparer pleinement sa faute par la légitimation. L'adrogation était le seul moyen qui lui fût offert pour cela. Or ce moyen ne pouvait s'appliquer qu'à un seul enfant, et de plus l'âge tardif auquel il fallait être arrivé pour l'employer devait en rendre l'usage assez rare.

Une telle situation n'allait guère avec les idées chrétiennes. L'Eglise considérait avec défaveur la filiation illégitime. Elle voyait, d'autre part, de véritables mariages dans certaines unions que la loi ne considérait pas comme de justes noces[2]. Même en dehors de ces unions, le fait de la paternité suffisait, à ses yeux, pour imposer au père de graves devoirs, et, avant tout autre, celui de réparer sa faute, s'il le pouvait, en donnant une famille à son enfant. Ces considérations, les unes plus contraires, les autres plus favorables aux bâtards que celles qui prévalaient autrefois, ne furent certainement pas étrangères aux décisions des empereurs chrétiens, soit en faveur de la légitimation, soit contre le droit de disposition du père relativement à ses enfants naturels[3].

Ce fut Constantin qui entra le premier dans cette voie. En 336, il déclara que les enfants naturels n'auraient ni le droit d'héritage, ni celui de rien recevoir entre vifs ou par testament. Valentinien Ier, trouvant sans doute cette loi trop rigoureuse, accorda à leur père le droit de disposer d'un douzième de ses biens en leur faveur. Arcadius et Honorius revinrent d'abord au droit de Constantin ; mais en 405, ils

[1] Cf. Accarias, n° 101.
[2] C'est en ce sens qu'il faut entendre, ce semble, le canon du concile de Tolède, qui autorise le concubinat (Conc. Tolet., I, a° 400 c. 17).
[3] C. Th., IV, 6, 2 à 6, 8.

renouvelèrent les dispositions de Valentinien, et les complétèrent en portant le disponible au quart des biens du père, lorsqu'il n'avait pas de descendants légitimes. Il est à croire qu'Honorius abrogea de nouveau cette loi dans la suite pour revenir une seconde fois à celle de Constantin, car en 428, Théodose le Jeune ordonne que les enfants naturels ne soient plus soumis « aux rigueurs de la loi portée naguère » et que l'on s'en tienne à leur égard à celle de Valentinien.

Ainsi se trouve fixée la législation sur ce point. En matière de légitimation, Constantin avait édicté, sous l'inspiration de l'Eglise[1], une loi qui permettait de légitimer les enfants issus d'un concubinat en convertissant cette union en justes noces. Cette loi, du reste, n'était applicable qu'aux enfants nés, avant sa promulgation, d'une concubine ingénue et d'un père sans postérité légitime. Nous en ignorons la date. Elle ne nous est connue que par une constitution de Zénon qui la renouvelle en 476 pour l'Orient, mais sans lui donner plus de portée. « Ces princes, dit avec raison M. Accarias, voulaient faciliter la réparation des fautes déjà commises, mais ils craignaient d'en provoquer de nouvelles, en mettant à la disposition de tous un moyen permanent de réparation[2] ». Quoi qu'il en soit, la constitution de Constantin ne figure pas au code de Théodose, et celle de Zénon ne concerne pas l'Occident. Rien ne permet donc de penser que la légitimation par mariage s'y soit introduite avant que l'on y reçût le droit de Justinien, par lequel elle fut définitivement établie[3].

Il n'en est pas de même de la légitimation par oblation à la curie, instituée en 443 par une novelle de Théodose. Cette novelle fut reçue et observée en Gaule tant que subsista l'organisation curiale. La légitimation qu'elle établissait n'était d'ailleurs pas complète : elle procurait seulement à l'enfant la

[1] C. Just., V, 27, 5 ; — VIOLLET, *Droit privé*, p. 473.
[2] ACCARIAS, n° 116.
[3] KOENIGSWARTER, (p. 92), LAFERRIÈRE (t. II, p. 486), BERNARD (p. 39) admettent que la légitimation par mariage fut pratiquée en Gaule avant que l'Epitome de Julien et les Exceptions Petri y introduisissent le droit de Justinien. Ce n'est pas impossible, mais rien n'autorise à l'affirmer.

capacité de recevoir par testament la totalité des biens de son père. Encore fallait-il pour cela que le père ne laissât pas de descendants légitimes ; s'il laissait des descendants, ceux-ci enlevaient le quart de l'héritage à l'enfant naturel institué héritier[1]. Les filles naturelles pouvaient recevoir le bénéfice de cette légitimation partielle par leur mariage avec un décurion[2]. C'est seulement sous Justinien que l'oblation à la curie conféra tout à fait au bâtard le titre et la dignité d'enfant légitime. La Gaule était, à cette époque, hors du domaine des lois impériales. Lorsque les compilations byzantines y pénétrèrent, il ne s'y trouvait plus de décurions ni de curies. Elles n'y portèrent donc que deux modes de légitimation : le mariage, le rescrit du prince. Nous les y retrouverons plus tard.

III

La conquête franque.

Nous avons achevé l'étude de la *patria potestas* à l'époque et dans l'œuvre législative de Théodose. Cette œuvre nous est apparue en ce point telle qu'elle est à peu près en tous les autres : indigeste, semée de lacunes, pleine de l'indécision et du désarroi qui régnèrent dans les conseils du prince en ces temps de bouleversement universel, monument confus du bon vouloir et tout ensemble de l'impuissance des empereurs. Si imparfaite qu'elle soit, elle offre cependant, pour l'histoire de l'autorité paternelle en France un intérêt considérable. « La législation de Théodose, écrit M. Paul Viollet, c'est le droit même sous lequel ont vécu nos pères. Son influence est profonde ; elle affecte la pratique et les relations de chaque jour »[3].

[1] Nov. Th., XI, 1.
[2] Nov. Th., XI, 2. C'est de la novelle XI de Théodose qu'est tirée la loi 3 C. Just., V, 27. Ces deux textes, que LAFERRIÈRE (t. II, p. 487-488) a considérés comme distincts, n'en font donc qu'un seul.
[3] VIOLLET, *Droit privé*, p. 17. Il faut ajouter que le droit canonique s'inspire constamment de la loi romaine et ne lui prend pas toujours que ce qu'il lui a donné.

Du dixième au douzième siècle, tous les Romains de France ont vécu sous cette loi comme tous les Francs de France sous la loi germanique. A peine si de légères modifications de détail, que je noterai en leur lieu, y furent apportées. Nous devions donc en étudier d'une manière complète la formation et la consistance comme nous devions fouiller le sol germain pour y découvrir les racines de nos coutumes. Voilà pourquoi j'ai cru nécessaire de donner, en ce chapitre et dans celui qui le précède quelque étendue à ce double travail. J'ai dit ailleurs quelles raisons m'avaient porté à ne pas séparer la loi romaine de la loi chrétienne, qui la pénètre et la transforme à partir de la conversion de Constantin, comme elle va pénétrer et transformer le droit barbare à partir de la conversion de Clovis. Nous pouvons maintenant, avant de considérer la formation de nos institutions familiales, clore l'histoire de leurs origines en comparant les éléments qui les forment, au moment où les dernières et décisives mêlées du cinquième siècle mettent ces éléments en présence et préparent leur fusion.

Il suffira pour cela de rappeler en peu de mots les résultats de nos recherches.

Les Francs apportent dans la Gaule des institutions primitives et telles qu'en possédaient jadis les peuplades groupées dans les plaines du Latium sous le sceptre de Romulus. Leur droit est rude et grossier, mais simple, respecté, fort et souple : fort et respecté, parce qu'il fait partie des traditions originelles de la race ; simple, parceque cette race est jeune ; souple, parcequ'elle est mobile, remuante et qu'elle se sent pleine d'avenir. Le collectivisme familial, c'est-à-dire, la prépondérance de la famille sur l'individu et sur l'Etat, tel est son caractère essentiel. La famille n'est déjà plus toute la société, mais elle est encore tout dans la société. Elle est le premier, presque le seul de ses organismes politiques. Fortement constituée sous le *mundium* absolu et perpétuel de son chef, elle forme un petit état dans le grand. Le père est vraiment roi, et roi pour toute sa vie. Sa maison, isolée, inviolable, sacrée, est à la fois un palais et un temple, bien qu'elle soit pauvre, sale, faite de matériaux grossiers, assemblés sans art. Son autorité est une

autorité royale, mais elle trouve dans sa nature même des tempéraments et des limites. Elle n'appartient à un seul qu'en apparence. En réalité c'est le pouvoir de la famille, le pouvoir de tous, que le père exerce, comme le plus capable et le plus digne, et parce qu'il se trouve naturellement désigné pour être le représentant de tous et leur chef. Ainsi la collectivité domine et plie à son service toutes les individualités qui la composent, les plus fortes comme les plus faibles. C'est en quoi celles-ci trouvent leur première sauvegarde. La passion de l'indépendance fait le reste; et les sujets du monarque qui gouverne la famille franque jouissent, en pratique, d'une somme considérable de liberté.

Les Francs trouvaient devant eux une population dont les institutions et les mœurs avaient autrefois présenté avec les leurs des « analogies saisissantes [1] ». Mais les Gaulois, soumis depuis cinq cents ans et plus à la domination romaine étaient peu à peu devenus Romains. Cette transformation, encore imparfaite et superficielle dans les régions limitrophes de la Germanie, se faisait de plus en plus complète et profonde, à mesure que l'on se rapprochait de l'Italie et de l'Espagne. L'organisation familiale que les vaincus avaient empruntée à leurs vainqueurs, dérivait, d'ailleurs, de coutumes toutes semblables à celles qu'ils avaient pratiquées jusqu'alors et à celles que les Francs observaient toujours. Il suffisait de remonter le cours du temps jusqu'à cinq ou six cents autres années par delà les conquêtes de César, pour trouver, sous le ciel riant de l'Italie, une image adoucie, mais fidèle, de la Germanie et de la Gaule. Les traits que je viens de rassembler pour caractériser la famille germanique et le *mundium* paternel s'appliqueraient à peu près tous à la famille et à la *patria potestas* de l'époque primitive de Rome. Dans ces quelques siècles, cependant, court espace de la vie d'un peuple, les Romains avaient marché d'un pas également rapide à la conquête de l'univers et à celle de la civilisation. Leur empire et leur organisation politique s'étaient développés ensemble. L'Etat,

[1] Viollet, *Droit public*, t. I, p. 154.

devenu puissant, et jaloux de sa puissance, avait commencé à prendre ombrage de l'autonomie familiale. Il avait donc travaillé à la restreindre. A mesure que la grande collectivité voyait croître son importance, la petite voyait diminuer la sienne. Elle cessa d'être une société politique. Peu à peu, dans son sein même, l'équilibre se trouva rompu. L'individualité du père y prit une place prépondérante et finit par l'absorber presque entièrement.

Cette absorption ne pouvait engendrer que la décadence de l'institution familiale romaine. L'autorité sans contre-poids abuse ordinairement de sa puissance. L'autorité qui abuse de sa puissance perd sa force en perdant son utilité. Elle se détruit elle-même peu à peu. L'amour effréné de l'argent, du luxe, des jouissances, accéléraient la désorganisation du foyer domestique. L'union des parents, ordinairement peu féconde, était souvent éphémère, sans affection, sans honneur. On s'en remettait aux esclaves du soin d'élever les enfants et de les instruire. Des mœurs dissolvantes de toute autorité, de tout respect, de toute unité dans la famille ; un droit savant, compliqué, à peu près parvenu au terme de son évolution, et voilant la réalité sous l'austère appareil de ses formules d'absolutisme, elles-mêmes en voie de s'atténuer : voilà ce que les Gaulois avaient reçu de Rome en devenant Gallo-Romains.

Ce n'est pas là, pourtant, tout ce que les Francs rencontrèrent en Gaule. Ils y trouvèrent l'Église catholique, et elle les conquit. Elle avait apporté, au sein de la décadence romaine, le précepte et l'exemple de la pureté des mœurs, de la simplicité de vie, de toutes les vertus publiques et privées. Grâce à elle, un souffle vivifiant d'humanité et de justice commençait à renouveler les institutions domestiques. Le droit de la nature reprenait sa place au-dessus du droit civil. Les véritables notions de l'autorité, de la liberté individuelle et de la dignité humaine pénétraient peu à peu dans les esprits et dans les lois. Par elle, le faible était défendu : la famille contre l'Etat, qui tendait à l'annihiler ; l'autorité contre elle-même, c'est-à-dire contre l'abus de sa force et l'oubli de ses devoirs ; l'individu contre la collectivité, dont la puissance oppressive était partout

concentrée aux mains d'un seul, ici le père, là l'empereur. Considérant les choses de ce monde à la divine lumière de son dogme et les pesant dans la balance de sa morale au poids des destinées immortelles de l'âme, l'Église n'avait d'hostilité préconçue contre aucune d'elles. Fidèle au conseil d'un de ses premiers apôtres, elle éprouvait tout et retenait ce qui était bon [1]. Voilà pourquoi la famille romaine et la famille barbare devaient trouver en elle un incomparable agent de rénovation et de progrès, et pourquoi la fusion entre Romains et barbares fut véritablement son œuvre. Il faut donc reconnaître en elle la véritable créatrice des nations et de la civilisation modernes, et c'est à juste titre que nous fixons à la conversion de Clovis le premier jour de notre histoire.

Ce qui permit au chef d'une tribu inculte et petite de fonder un grand royaume sur les ruines de l'empire, et d'accomplir de la sorte l'œuvre demeurée impossible au génie même de Théodoric et à la civilisation des Goths, c'est, avant tout, l'union de ses sujets, Romains et Francs, dans la même foi. « La haine nationale qui règne dans tous les royaumes Ariens, entre Romains et Barbares, écrit Godefroy Kurth, on ne la connaît pas dans le royaume de Clovis. Là, vainqueurs et vaincus se retrouvent tous les jours comme des frères au pied des mêmes autels. Il n'y a pas une seule trace, dans tous les documents de l'époque mérovingienne d'un dissentiment quelconque entre les conquérants germaniques et les populations gallo-romaines.... Dès les premiers jours, on peut le dire, Barbares et Gallo-Romains s'abordèrent les uns les autres comme des compatriotes et non comme des étrangers ... Chose remarquable ! Pour la première fois dans l'histoire, la population romaine, habituée à se tenir vis-à-vis des conquérants barbares sur une réserve dédaigneuse, qui se transformait souvent en hostilité ouverte, quitta cette attitude outrageante et professa pour eux un véritable engouement.... Le sang des populations resta celtique, sans doute, mais leur âme devint franque pour ainsi dire, et c'est de cette féconde alliance de

[1] I Thessal, V, 21.

deux races qu'est sortie la plus ancienne et la plus brillante des nationalités européennes[1] ».

D'autres causes encore facilitaient la fusion entre les deux races. Il suffira de rappeler leur parenté ; la ressemblance de leurs coutumes et de leurs traditions originelles[2] ; le caractère libérateur de la conquête franque, si différente en cela des invasions spoliatrices des autres barbares[3] ; l'infiltration pacifique qui précéda ces invasions et cette conquête[4], les relations de voisinage qui s'étaient nécessairement formées entre les Francs, établis dans les plaines de l'Escaut et de la Meuse, et les Gallo-Romains des régions limitrophes ; l'avantage, signalé par Montesquieu, que ces derniers trouvèrent à renoncer à leur loi pour vivre selon les lois franques[5].

Cette fusion, du reste, ne fut pas l'œuvre d'un jour, et n'eut vraiment lieu que dans la zone intermédiaire entre les contrées tout à fait méridionales, qui restèrent, après l'expulsion des Wisigoths, purement gallo-romaines, et les contrées tout-à-fait septentrionales, où l'élément barbare prédominait depuis longtemps. Ce serait une entreprise illusoire de chercher à définir exactement les bornes de cette zône et à décrire dans tous ses détails la lente élaboration de nos coutumes nationales. Nous en découvrirons quelques traits en étudiant le développement des institutions familiales à l'époque franque. Nous pourrons ainsi suivre dans son ensemble le progrès de cette élaboration, et nous en former quelque idée ; mais nous devrons nous contenter de cela. Il y a forcément, dans les prodigieuses mêlées de peuples qui précèdent la naissance des civilisations, quelque chose de confus et d'obscur que nul ne pénétrera jamais. Tout se fait lentement et dans l'ombre, sous les violences de la surface. Chaque progrès visible résulte de plusieurs progrès cachés, dus eux-mêmes à mille influences diverses, à mille combinaisons de mœurs, d'idées et de circonstances. Il faut

[1] KURTH, t. II, p. 56, 57, 58.
[2] Cf. VIOLLET, *Droit public*, t. I, p. 154 ; — Cf. ci-dessus, p. 134 et s.
[3] Cf. KURTH, t. II, p. 54 et s. ; 60 et s.
[4] Cf. VIOLLET, *Droit public*, t. I, p. 158 et s. ; OZANAM, *Études germaniques*, t. I, p. 345 et s. ; 350 et s.
[5] Cf. MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. IV.

bien des flocons de neige, bien des averses, bien des jours d'orage, pour préparer la source des grands fleuves, ou seulement les inondations printanières. Ainsi vont les choses humaines. C'est peu à peu, insensiblement que leur évolution s'accomplit. Dans la réaction perpétuelle et réciproque des éléments en présence il est impossible de déterminer avec une exactitude rigoureuse la part de celui-ci ou de cet autre dans les résultats, seuls connus de nous. Il y aurait là, cependant, un spectacle d'une beauté et d'un intérêt hors de pair. Mais les contemporains sont trop près pour en saisir le grandiose ensemble et la postérité trop loin pour en pénétrer l'instructif détail. C'est déjà beaucoup de pouvoir, malgré le flux, le reflux, les agitations incessantes de l'océan humain, pénétrer quelquefois dans ses profondeurs pour découvrir l'origine, mesurer la puissance, observer la direction et la marche des grands courants qui mêlent et renouvellent ses eaux.

DEUXIÈME PARTIE

L'ÉPOQUE FRANQUE

(Du VI[e] au X[e] Siècle)

CHAPITRE PREMIER

POUVOIR DU PÈRE SUR LES PERSONNES

I

Exposition, avortement, infanticide.

Les Francs apportaient en Gaule des lois écrites et des coutumes : les unes et les autres subirent promptement l'influence du droit romain et du christianisme. Cette dernière surtout fut profonde et toujours croissante. La première, qui pénètre les codes des Wisigoths et des Burgondes, laisse à peu près intact celui des Saliens. Les formules usuelles des contrats, les capitulaires royaux en portent çà et là plus visiblement la marque : mais souvent, cette marque, romaine d'apparence, est en réalité canonique. La loi de Rome était la loi personnelle de l'Eglise en ces temps où l'on ne connaissait pas encore la territorialité des lois. Appelés à prendre une place d'honneur dans les conseils des rois et dans les assemblées des grands ou du peuple, les évêques et les clercs, représentants du christianisme, prirent son bien où ils le trouvaient. Il introduisirent aussi volontiers dans le droit franc les constitutions des empereurs et les sentences des jurisconsultes que les décisions des conciles ; et dans ce qui peut, au premier abord, sembler un triomphe de la civilisation romaine, il faut voir, la plupart du temps, une victoire de l'esprit chrétien.

Il fallut beaucoup de ces victoires avant que cet esprit ne régnât sur les sociétés nouvelles. Au moment des invasions et pendant toute l'époque mérovingienne, on ne voit guère en elles qu'un chaos désespérant de barbarie et de décrépitude,

au sein duquel l'œuvre de progrès semble destinée à périr. Tous les fléaux contre lesquels nous avons vu les empereurs chrétiens engager une lutte impuissante sévissent encore contre la famille. L'exposition, l'avortement, l'infanticide ne se sont pas faits plus rares dans les milieux romains et sont devenus, par contagion, plus fréquents dans les milieux barbares. La misère qui les causait sévit toujours. Les vices dont ils étaient la suite sont parfois la seule part que les conquérants se soient véritablement assimilée de toute la civilisation des vaincus. Contre ces monstrueux abus, l'Eglise n'a pas abandonné la lutte. Elle les condamne et les châtie dans ses livres pénitentiaux et dans les canons de ses conciles. Elle inspire les rois nouveau-venus, comme elle inspirait les Césars. C'est elle, indubitablement, qui pousse Sigismond, roi des Burgondes, à mettre en vigueur pour tous ses sujets les lois romaines sur les enfants trouvés[1]. Peut-être introduisit-elle parmi les Francs des pratiques conformes aux dispositions de ces lois : « Je crois, dit Pardessus, que, dans leurs usages, celui qui avait élevé un enfant délaissé était maître de le considérer, soit comme esclave, soit comme libre. Dans ce dernier cas, une sorte d'adoption plaçait l'enfant sous la loi de l'adoptant[2]. » A coup sûr, il est vraisemblable qu'elle n'est pas restée complètement étrangère aux mesures sévères prises chez les Wisigoths contre les parents coupables. Non seulement ceux-ci peuvent racheter l'enfant qu'ils ont exposé, mais ils le doivent. Sont-ils trop pauvres ? Celui à qui l'exposition est imputable sera esclave à la place de l'enfant. Se refusent-ils au rachat quoiqu'ils en aient les moyens ? On les condamne à l'exil et l'on rachète l'enfant à leurs frais[3]. Chez le même peuple, l'infanticide et l'avortement étaient punis de mort ou d'esclavage, et les dispositions relatives à ce dernier crime se retrouvent en partie dans la loi des Bavarois[4].

[1] *Burg.*, 109, a° 516.
[2] PARDESSUS, *Loi sal.*, diss. II, p. 449 ; — Cf. C. Th., V, 7, 8 et le texte lombard, cité par PARDESSUS, p. 449, n. 1.
[3] *Wisig*, IV, 4, 1 (VII° siècle, ainsi que la loi des Bavarois citée au texte).
[4] Voir les textes cités par LALLEMAND, p. 90 et 92 ; — *Bajuv.*, VII, 18 à 23 ; — Cf. *Alam*, 91.

Etrangères au droit franc, ces lois n'en témoignent pas moins de l'influence exercée peu à peu par la religion sur les Germains convertis. Les populations auxquelles ils étaient venus se mêler restaient soumises à la législation de Théodose, inspirée tout entière elle-même, en ce qui concerne la protection de l'enfance, par les idées et les préceptes du christianisme. Mais, c'est surtout dans son domaine propre, dans le domaine religieux, que l'Eglise put engager avec le plus de vigueur et d'efficacité, sur ce point, le combat qu'elle livrait partout à l'égoïsme du civilisé, aux superstitions et à la cruauté du barbare, à la misère de ces âges troublés. Les livres pénitentiaux des premiers siècles punissent sévèrement les parents criminels : « Les manœuvres destinées à procurer la stérilité, dit M. Lallemand, l'avortement, quel que soit le mode usité, sont punies de une à trois années de pénitence avec des jeûnes fréquents... Le prêtre doit distinguer s'il s'agit d'une femme poussée à ce crime par une extrême pauvreté ou si c'est seulement dans le but de cacher une faute. S'agit-il du meurtre d'un enfant après sa naissance ? Dix années de pénitence peuvent être ordonnées et la peine est toujours augmentée dans le cas où l'enfant n'est pas baptisé. On punit également les négligences ayant amené la mort »[1].

La loi Wisigothique que j'ai citée plus haut[2] indique assez les tendances de l'esprit chrétien en ce qui concerne l'exposition des enfants. Nous avons déjà vu quelques effets de ces tendances sur les décisions des successeurs de Constantin[3]; mais nous savons aussi que l'heure n'était pas venue de les satisfaire. De bonne heure l'Eglise s'en était rendu compte. Dans le royaume même des Wisigoths, plus tard si sévères, les évêques réunis à Agde en 506 se bornèrent à renouveler les dispositions indulgentes et sages des conciles de Vaisons et

[1] LALLEMAND, p. 93-94. Voyez aussi les articles empruntés aux pénitentiels du IXe siècle par les conciles de Mayence, de 847, c. 21, et de 852, c. 9 (KRAUSE, p. 181, 189) ; par le concile de Tribur de 895, c. 37 (KRAUSE, p. 234) ; — par les lois d'Henri Ier, c. 70 (HOUARD, I, p. 339, 340) ;— Cf. Conc. Wormat. a° 868, c. 35 (LABBE, VIII, p. 952).

[2] Ci-dessus, p. 202, texte et n. 3.

[3] Ci-dessus, p. 160, 161.

d'Arles au siècle précédent[1]. Le concile de Mâcon, en 581, alla plus loin, si l'on en croit Burchard de Worms : « Les prêtres, aurait décrété ce concile, doivent exhorter publiquement les femmes qui se seraient laissé séduire à ne pas céder aux suggestions diaboliques en mettant à mort leur enfant, mais à le faire plutôt déposer à la porte de l'église, afin que, ayant été porté au prêtre dès le lendemain, il soit recueilli et élevé par quelque fidèle »[2]. L'exposition est ainsi envisagée par l'Eglise comme un mal nécessaire qu'il faut supporter pour empêcher un mal plus grand. Les décisions que je viens de citer ou de rappeler, paraissent avoir été adoptées par le clergé dans toute l'étendue des royaumes francs et pendant toute la durée de l'époque franque. Nous les voyons pratiquées à Trèves dans le cours du VIe siècle[3], en Anjou au VIIe[4], à Tours au VIIIe[5]. Les textes qui nous renseignent sur ce point révèlent une coutume constante. Rien ne semble insolite dans les faits qu'il nous mettent, pour ainsi dire, sous les yeux. A la porte de l'église, se trouve une vasque de marbre destinée à recevoir les enfants que l'on expose. C'est là que, pendant la nuit, on vient déposer le nouveau-né, enveloppé de ses langes. Le matin, à l'ouverture des portes, les prêtres, ou, plus souvent, les pauvres qui viennent recevoir leur aumône quotidienne, recueillent le petit être. Ils répandent aussitôt la nouvelle de leur trouvaille; ils cherchent à découvrir les parents, à provoquer une réclamation de leur part. En attendant, on baptise l'enfant. Les recherches demeurent ordinairement inutiles; mais la pitié publique s'émeut, et il se trouve toujours, au bout de peu de temps, une personne charitable pour s'offrir à élever l'abandonné. Les pauvres qui l'ont trouvé le lui remettent

[1] Conc. Agath, c. 24; — LABBE, t. IV, p. 1387; — Cf. ci-dessus, p. 162, texte et n. 1 et 2.

[2] BURCH., cité dans BALUZE, *Capit*, t. II, col. 273. Les actes du concile de Mâcon contiennent, du reste, rien de semblable (v. LABBE, V, p. 966).

[3] *Vita B. Goaris*, ap. BALUZE, *Capit.*, t. II, col. 720. S. Goar vivait au VIe siècle.

[4] *Form. Andeg.*, 48 (GIRAUD, t. II, p. 454 ; — ROZIÈRE, n° 53). Les formules d'Anjou sont des VIe et VIIe siècles.

[5] *Form. Turon.*, 11 (SIRMOND ; — ROZIÈRE, n° 54). Les formules de Tours sont de la première moitié du VIIIe siècle.

alors en échange d'une modique somme, qu'ils se partagent[1]. Acte de tout cela est ensuite dressé, signé, soumis à l'approbation du prêtre ou de l'évêque. Les droits du « *nutritor* » sont dès lors, à son gré je crois, ceux d'un père ou ceux d'un maître. Ils sont perpétuels en Anjou au VIIe siècle[2]; à Tours, au siècle suivant, le droit de rachat est accordé aux parents conformément à la loi romaine[3].

Obligée de tolérer et de régler l'exposition des enfants, l'Eglise faisait du moins tout ce qu'elle pouvait pour la rendre moins fréquente. Elle s'efforçait sans relâche de donner aux père et mère une idée plus nette et plus haute de leurs devoirs et de leur responsabilité. Pour qu'ils s'y dérobassent le moins possible, elle n'hésita pas à confirmer certains usages d'origine païenne et à se les approprier. Nous avons vu que la religion germanique interdisait d'exposer l'enfant une fois qu'il avait touché l'eau lustrale ou goûté le lait et le miel[4].. L'Eglise attacha le même effet aux onctions, à l'eau, au sel du baptême. « Il est hors de doute, dit Jacques Grimm, que l'on tint pour punissables, à l'époque chrétienne, les mères qui exposaient leur enfant baptisé »[5]. Cette antique tradition ainsi christianisée se conserva pendant tout le moyen-âge. Du Cange rapporte un exemple d'exposition qui nous la montre encore observée en 1408. « Les exposans, dit le texte qu'il cite, mirent l'enfant sur un estal au devant de la Maison Dieu d'Amiens, et assez près dudit enfant, misdrent du sel, en signe de ce qu'il n'estoit pas baptisé »[6].

[1] « *Accipimus pro ipso, sicut apud nos consuetudo est, treante uno* » dit la formule Angevine. Ainsi en Anjou, à cette époque, la coutume fixait invariablement à un « *triens* » la valeur de l'enfant trouvé. Rien de semblable dans la formule tourangelle : « *Pro quo pretium accepimus* », y lisons-nous : « *in quod nobis bene complacuit, valentem solidos tantos* » Dans la vie de S. Goar il n'est pas du tout question de vente, ni de prix. Ces trois textes désignent les pauvres sous le nom de « *matricularii* », c'est-à-dire, inscrits sur les registres des aumônes.

[2] « *Si nus ipsi aut domenus, vel parentes ejus, qui contra carta ista venire voluerit... quod repetit vindicare non valiat* » (*loc. cit.*, ci-dessus, p. 204 n. 4).

[3] *Form. Turon*, 11. *in fine* (*loc. cit.*, *suprà*, p. 204 n. 5). Le texte cité dans cette formule est l' « *interpretatio* » de la loi 1, C. Th., V, 8 (Cf. ci-dessus, p. 164).

[4] Cf. ci-dessus, p. 82, 83.

[5] GRIMM, p. 457.

[6] DU CANGE, v° *Sal.*

II

Ventes d'enfants

On cherche de même à restreindre l'exercice de l'antique droit de vente, que la misère générale oblige à tolérer encore : « Le chrétien qui a vendu son enfant, écrit M. Lallemand, est tenu de le racheter et de faire une pénitence de sept semaines; s'il ne le peut pas, la pénitence est de vingt-huit semaines. Certains pénitentiaux accordent cependant, en raison d'une grande pauvreté, la vente pour sept ans[1]. » Déjà au VIe siècle, chez les Ostrogoths, Théodoric avait essayé de mettre en vigueur dans son édit, la décision de Paul qui ne reconnaissait aux parents que le droit de louer les services de leurs enfants[2]. Vers la même époque, l'interprète wisigoth des lois théodosiennes déclarait aussi que l'ingénu vendu par son père devait reprendre sa liberté « dès qu'il aurait accompli son service[3] ». Récarède, plus d'un siècle après, alla jusqu'à interdire, d'une manière formelle, la vente des enfants[4]. Ces efforts louables, mais prématurés, ne pouvaient guère que demeurer stériles. Ils se heurtaient à une coutume trop générale et trop invétérée, à des nécessités trop cruelles et trop impérieuses. C'est seulement dans les temps modernes que nous pourrons constater enfin la disparition complète et définitive du droit paternel de vente. Le nombre des formules destinées à ceux qui se vendaient eux-mêmes, tantôt seuls, tantôt avec femme et enfants, témoigne de la fréquence de pareils contrats pendant toute la période franque[5]. C'est toujours, au fond, à peu

[1] LALLEMAND, p. 94.

[2] *Ed. Théodoric*, 94, 95, reproduisant *Paul Sent.*, V, 1, 1, presque dans les mêmes termes.

[3] Interpr. C. Th., III, 3, 1 : « *Si quemquam ingenuum pater, faciente egestate, vendiderit... ad ingenuitatem suam, si servitio suo satisfecerit, non reddito etiam pretio, revertatur* » (Cf. ci-dessus, p. 165).

[4] *Wisig*, V, 4, 13 ; — WALTER, p. 520.

[5] Cf. ROZIÈRE, n° 43 et s ; — THÉVENIN, n°s 12, p. 13 ; 4, p. 5 ; 110, p. 162. Les enfants sont mentionnés, notamment, dans ces deux derniers textes (Cf. aussi GUÉRARD, *Polypt. Irmin.*, p. 800, n° 6 dans THÉVENIN, n° 86, 116).

près le même motif qu'elles indiquent : ici, la dureté des temps, la famine, l'indigence[1], là l'impossibilité de rembourser un prêt[2], d'acquitter une dette[3], de restituer des objets volés[4]. Le droit du père n'était donc pas efficacement contesté à cette époque, et nous avons vu le rédacteur d'une formule du VIII[e] siècle se référer expressément à la loi de Constantin, qui autorise la vente des nouveau-nés. Il la cite à propos d'un cas différent, sans doute, mais du moins comme une loi toujours en vigueur[5]. Eusèbe de Laurière, se fondant sur un passage de la vie de saint Junien, assure même que la mère pouvait également exercer ce droit. C'est là peut-être une affirmation imprudente et que ce texte unique ne suffit pas à autoriser pleinement. Il se pourrait cependant qu'elle fût exacte pour quelques lieux et pour certains cas analogues à celui que nous présente le texte en question[6].

Il faut rendre d'ailleurs à l'Eglise et aux princes cette justice, que, faute de pouvoir empêcher les ventes d'enfants, ils cherchèrent avec persévérance à en limiter le nombre, à en atténuer les effets. Les livres pénitentiels fixent un âge au-delà duquel le père ne peut plus vendre son enfant sans que l'enfant y consente[7]. En 618, un concile tenu près de Meaux proclame, pour toute personne qui s'est vendue ou donnée en gage, le droit de se racheter elle-même. Les enfants issus, pendant cette servitude temporaire, de cette personne et de son conjoint demeuré libre sont déclarés libres aussi[8]. Un capitulaire de 803 renouvelle cette disposition[9], qui se trouve encore à peu de chose près dans un capitulaire rendu en 819 sous le titre

[1] Rozière, n° 44.
[2] Rozière, n° 47 (*app. Marculf.* 16) ; — Guérard, *Polypt. Irmin.*, p. 800, n° 6 (Thevenin, n° 86, p. 116).
[3] Thévenin, n° 12, p. 13 (*Arvern.*).
[4] Rozière, n° 48 et 257. Dans cette dernière formule la vente est temporaire.
[5] Cf. ci-dessus, p. 205, texte et n. 3.
[6] Laurière sur Loysel : *Instit. cout.*, I, 1, 17, t. I, p. 82.
[7] Wasserschleben, *capit. Th.* (*Dacher*), 166 ; — *Th. can. greg.* 183, 184 ; — *Pœnit. Th.*, II, 12, 36 ; II, 13 et s. ; — Cf. *pseudo-Egb.*, 27.
[8] Conc. ap. Bonogelum villam in agro Meldensi c. 10; ap. Sirmond (Delalande), t. IV, p. 63, col. 2.
[9] *Capit. leg. add.*, a[1] 803, c. 8 ; — Boretius, n° 39, p. 114.

d'interprétation de la loi Salique[1]. L'édit de Pistes le confirme en 864 et ajoute que les enfants ingénus, vendus par leurs parents en cas d'extrême misère, pourront toujours être rachetés par remboursement du prix de vente augmenté de vingt pour cent[2]. C'est la novelle adressée, en 451, par Valentinien à Aétius, qui passe ainsi du droit romain dans le droit franc[3].

III

Education. — Correction. — Droit de vie et de mort. — Juridiction domestique.

L'époque Carolingienne se distingue d'ailleurs par un mouvement général de progrès en ce qui concerne l'éducation des enfants. L'Église et le pouvoir civil travaillent constamment à rendre les parents plus soucieux de leurs devoirs et à leur en faciliter l'accomplissement. On s'efforce d'établir partout des écoles[4]. Les conciles rappellent instamment aux pères et mères l'obligation qui leur incombe d'y envoyer leurs enfants et de les faire instruire[5]. Les capitulaires reproduisent textuellement ces exhortations et ces ordres[6]. Il s'agit là, sans doute, avant tout, de l'instruction religieuse, et c'est elle que l'on se préoccupe surtout d'assurer ; mais il ne faut pas oublier qu'elle est donnée d'abord à l'église. Si l'on crée des écoles, ce n'est donc pas pour elle seule. Charlemagne, dans un capitulaire de 789, les appelle : « *scholæ legentium puerorum* »[7], « et il

[1] *Capit. leg. Sal. add.*, a[i] 819, c. 6 ; — BORETIUS, n° 142, p. 293.

[2] *Edict. Pist.*, c. 34 (KRAUSE, n° 273, p. 325) ; — *Anseg.*, III, 29 ap. BORETIUS, p. 429.

[3] Cf. ci-dessus, p. 165 texte et n. 2. L'édit cite et reproduit partiellement la novelle.

[4] Voyez LAFERRIÈRE, t. IV, p. 199 et s. ; et surtout : KURTH, t. II, p. 253 et s. 258, 259, 260 ; — OZANAM, *Et. germ.*, t. II, p. 472-582.

[5] Conc. Arelat., VI, a[i] 813, c. 19 (SIRMOND, t. II, p. 272) ; — Conc. Moguntiac., a[i] 813, c. 45 (SIRMOND, t. II, p. 285).

[6] *Capit. e can. excerp.* a° 813, c. 18 (BORETIUS, p. 174) ; — *Capit. e conc. excerp.* a° 826, c. 14 (BORETIUS, p. 313) ; — *Anseg.*, II, 44 (BORETIUS, p. 423) ; — Cf. *Ben. Lev.*, III, VII, 389 (BALUZE, t. I, p. 1008).

[7] *Admonitio generalis*, c. 72 (BORETIUS, n° 22, p. 59).

trace, dit Godefroy Kurth, le programme de ces écoles élémentaires. On n'y apprendra pas seulement à lire et à écrire, car ces deux connaissances isolées ne seraient que des cadres vides. On y étudiera les psaumes, on y cultivera le chant sacré on y apprendra le comput ecclésiastique et la grammaire ». Ces écoles paroissiales et celles des monastères étaient souvent gratuites et toujours ouvertes à tous les enfants, qu'ils fussent ou non destinés à l'état ecclésiastique[1]. D'autre part, áu IXe siècle, le Pseudo-Isidore insère dans sa collection un ancien canon qui anathématise les parents, lorsque, s'étant voués à la continence, ils en prennent occasion pour négliger de pourvoir à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants[2].

Le droit de correction dont ils sont armés pour cette éducation demeure fort étendu et conserve en partie son caractère primitif de juridiction domestique. Chez les Wisigoths[3], les enfants peuvent être réprimandés et fouettés par le père, la mère, les grands parents. Bien que l'influence du droit romain soit ici certaine, il est à croire qu'il en allait de même, au moins en fait, à peu près partout. Toute personne exerçant quelque autorité dans la maison familiale exerçait aussi, dans les cas ordinaires, le droit de correction. Les cas graves sont réservés au jugement du père, qui s'entoure alors, semble-t-il, d'une sorte de conseil de famille rappelant le tribunal domestique des anciens Romains. La mère, les ascendants, les proches sont consultés sur la décision à prendre[4]. La peine de mort peut être infligée. La condamnation s'exécute, comme elle a été prononcée, sans l'intervention des pouvoirs publics. De jour en jour, du reste, l'antique magistrature paternelle voit le cercle de sa compétence devenir plus étroit. « Lorsque l'édit de Rotharis[5], dit Heusler, menace d'un châtiment le mari qui aura tué sa femme sans qu'elle ait encouru, de par la

[1] *Capit. Theodulf*, a° 797 (Sirmond, t. II, p. 210) ; — Cf. Kurth, p. 259, 260.
[2] *Pseudo-Isid*, p. 266, ex conc. Gangr, c. 15.
[3] *Wisig.*, IV, 5, 1 ; — Kraut, I, p. 293.
[4] V. les textes cités ci-après, p. 210, 211 ; — Cf. Kraut, I, p. 295.
[5] *Roth*, 200 : « *Si maritus uxorem suam occiderit immerentem, quæ per legem non sit merita mori* ». L'édit de Rotharis est de 643.

loi, la peine de mort, et quand la formule du *liber Papiensis*[1], fait observer à ce sujet qu'il ne lui est pas permis de la tuer selon son bon plaisir, mais *rationabiliter*, on peut bien admettre que la même règle était appliquée entre père et enfants[2] ». Les circonstances dans lesquelles la juridiction paternelle ainsi restreinte s'exerçait encore étaient déterminées par les lois et par les coutumes. Je pense que l'enfant coupable ne pouvait, comme la femme, être mis à mort que s'il avait commis un crime frappé par elles de cette peine. On trouve au VI[e] siècle dans la loi des Burgondes un texte qui suppose ce principe : « Si une fille ingénue, dit ce texte, a volontairement épousé un esclave, nous ordonnons qu'ils soient tous les deux mis à mort ». Voilà le crime et le châtiment légalement déterminés l'un et l'autre. Qui sera chargé de prononcer et d'exécuter la sentence ? La famille de la coupable. La loi prévoit, en effet, tout aussitôt le cas où « les parents de la fille refuseraient de punir leur parente[3] ». Au siècle suivant, l'édit de Rotharis renferme encore des dispositions toutes semblables[4], pour les Lombards; et voici ce que nous lisons dans le code des Wisigoths : « Si un père tue dans sa maison sa fille adultère, il n'encourt aucune peine et ne peut être poursuivi. S'il préfère

[1] *Lib. pap. form.* 201 : « *non licet eam* (*uxorem*) *interficere ad suum libitum. sed rationabiliter* ». Le *liber Papiensis* est du début du XI[e] siècle.

[2] HEUSLER, t. II, p. 432; — Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 500. La formule du *liber Papiensis* ne doit pas être séparée du texte de Rotharis auquel elle se rapporte. M. Viollet semble aller un peu loin lorsqu'il écrit qu'au IX[e] siècle « un mari était dans son droit en tuant sa femme, pourvu qu'il eût un bon motif ». D'après l'édit de Rotharis, il fallait que la femme eût commis un crime puni de mort par la loi ou la coutume; et tel est aussi le sens du texte du XI[e] siècle cité par M. Viollet et par Grimm (p. 450), d'après Burchard de Worms. « *Est aliquis qui uxorem suam absque lege et probatione interfecerit ?* ». Cf. *Wisig.*, III, 4, 1 et 3 et comparez avec les textes que je vais citer relativement à l'enfant. Voyez aussi le texte du concile de Worms, de 829, rapporté par Hincmar, et qui soumet à la pénitence publique le veuf qui se remarie après avoir tué sa femme innocente « *propria uxore... sine culpa interfecta* » (LABBE, VII, 1669, 1670).

[3] *Burg*, 35, 2 et 3 : « *Quod si parentes puellæ parentem suam punire fortasse noluerint...* ».

[4] *Roth*, 189 : « *Si puella aut mulier libera voluntarie fornicata fuerit, cum libero tamen homine, potestatem habeant parentes ejus in eam dare vindictam* ». Chez les Lombards et les Burgondes, lorsque la fille n'est pas punie par ses proches, elle devient esclave du fisc (*Burg.*, 35, 3; — *Roth.*, 222; — *Liutpr.*, 24). Disposition analogue dans la loi des Wisigoths, III, 2, 3.

lui laisser la vie, il pourra faire ce qu'il voudra d'elle et de son complice[1] ». Chez les Francs, d'après un des *capita extravagantia* de la loi salique, la femme qui épouse son esclave est frappée, ainsi que lui, de châtiments très rigoureux. Si l'un de ses proches la tue, ni le fisc, ni la famille ne pourront rien réclamer au meurtrier. Il n'y a là, sans doute, qu'un cas d'excuse légale : le droit de juridiction de la famille n'apparaît pas nettement, comme dans les textes que je viens de citer. D'autre part, la loi est générale, elle s'applique à toute femme, « *mulier* » et ne vise pas spécialement la fille — *puella, filia* — encore en puissance de son père. Telle quelle, cependant, elle donne très fortement à penser que le droit des Saliens ne différait pas sensiblement de celui des Burgondes, des Wisigoths et des Lombards[2].

Il ne faut pas s'y tromper. Ce droit que la législation et l'usage reconnaissent au mari sur la vie de sa femme, au père sur la vie de l'enfant, à la famille sur la vie de ses membres, n'est pas un reste des mœurs cruelles et violentes de la barbarie. Il peut donner lieu, sans doute, à bien des abus ; mais, en lui-même, il n'a rien d'inique : c'est un des attributs de la royauté paternelle et de l'autonomie familiale dont il suit le sort décroissant. Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que la cruauté et la violence germaniques aient cessé d'avoir place au foyer familial le jour même où les Francs se convertirent. Les passions des anciens barbares s'agitèrent longtemps encore dans les cœurs des nouveaux chrétiens. Sous leur empire, les désordres domestiques se multiplièrent[3], et ce ne sont pas

[1] *Wisig*, III, 4, 5. Le mot *adulterium* se rapporte ici d'une manière générale à tout acte d'inconduite commis par la fille dans la maison de son père (Cf. *Wisig.*, III, 4, 7, ci-après, p. 230, n. 5, et 239).

[2] *Sal. cap. extr.*, V, 1 et 2; — PARDESSUS, p. 330. Dans le manuscrit imprimé par Pardessus, ce texte ne semble viser que le meurtre de l'esclave par un parent de la femme : « *Si quis de parentibus* EUM *occiderit* », mais comme le droit de poursuite est en même temps refusé aux parents de la victime : « *nullus mortem illius, nec parentes, nec fiscus, nullatenus requiratur* », je crois qu'il faut préférer la leçon donnée par un autre manuscrit : « *Si quis de parentibus* EAM *occiderit* » (PARDESSUS, *loc. cit.*, note g).

[3] Voyez les textes cités ci-après, p. 212, n. 3 à 5 et 214 n. 1, et les ch. IX et XXII du concile de Pavie de 850 (KRAUSE, p. 119 et 122) ; — Cf. *Liutpr*, I, 129 ; — Voyez aussi une lettre de Nicolas Ier sur la pénitence canonique imposée à un père meurtrier de ses trois fils, dans LABBE, VIII, p. 503.

toujours les enfants qu'il y eut lieu de protéger. Plus d'une fois assurément, il fallut les rappeler eux-mêmes au respect de l'autorité paternelle, comme un capitulaire de 789 recommande de le faire avec zèle et insistance[1] : « *cum magno studio* ». Plus d'une fois, il fallut exhorter les parents à imposer plus énergiquement ce respect. « Il faut avertir les fidèles de la sainte Eglise de Dieu, écrit l'évêque d'Orléans, Théodulfe, en 797, d'avoir à se faire obéir de leurs fils et de leurs filles selon la parole du Seigneur : Mon fils honore ton père. Il est vrai que les parents doivent traiter leurs enfants avec modération : Et vous, parents, dit l'Apôtre, ne provoquez pas vos enfants à la colère. Mais s'ils se montrent faibles dans leur tendresse, s'ils ferment les yeux sur les fautes de leurs enfants, il faut leur dire que Dieu ne laissera pas ces fautes impunies et que le châtiment par eux infligé sera toujours plus léger pour le coupable que la colère de Dieu[2] ».

IV

Crimes contre les parents. — Complicité familiale.

A ces préceptes généraux, enseignés partout et sans cesse, s'ajoutent des lois sévères contre l'inceste et le parricide. Le décret de Childebert punit de mort le fils qui entretient des relations criminelles avec la seconde femme de son père[3]. D'après le concile de Verberie, le mariage paternel est alors rompu ; le père reprend sa liberté ; les coupables ne peuvent ni s'épouser, ni contracter une autre union[4]. Les mêmes règles s'appliquent au commerce entretenu par la fille avec le second mari de sa mère[5]. Les décisions conciliaires contre l'inceste sont d'ailleurs innombrables et témoignent à la fois de la gran-

[1] *Admonitio generalis*, a[1] 789, c. 69 ; — Boretius, n° 22, p. 59 ; — Baluze, *Capit*. I, p. 236 ; — *Anseg*, I, 65.
[2] *Capit. Théodulfi*, c. 33 (Sirmond, II, p. 220).
[3] *Décret Childeb*., c. 2 (Boretius, n° 7, p. 15).
[4] Conc. Vermer, a[1] 758, c. 10 (Boretius, n° 16, p. 41).
[5] Conc. Vermer, c. 2 (Boretius, n° 16, p. 40).

deur de la tâche assumée par l'Eglise lorsqu'elle avait entrepris de transformer en famille chrétienne la famille barbare, et du zèle persévérant qu'elle déploya pour l'accomplir[1]. Beaucoup de ces décisions sont reproduites dans les capitulaires et dans les lois.

Le parricide est puni de mort chez les Wisigoths. Sa succession est déférée aux héritiers de sa victime : toutefois, s'il a des enfants et qu'ils soient restés étrangers à son crime, ils peuvent revendiquer la moitié des biens. A-t-il échappé au supplice en se refugiant dans l'église ? Il devient esclave et ceux qui recueillent tout ou moitié de sa fortune peuvent aussi disposer de sa personne. Le meurtre d'un parent, « *propinquus* », quel qu'il soit, hors le cas de légitime défense, est toujours un parricide[2]. La loi des Alamans rédigée sous Clotaire II prononce contre le coupable la confiscation, en sus de la pénitence canonique[3]. Si le fils d'un duc s'est révolté contre son père, celui-ci pourra l'exiler où il le voudra. Le rebelle sera déshérité au profit de ses frères. S'il n'en a pas, le duché reviendra au roi qui en disposera à sa guise[4]. De la loi des Alamans, cette disposition a passé dans celle des Bavarois[5]. Celle des Frisons, au huitième siècle, décide d'une manière générale, que le fils meurtrier de son père devient, *ipso jure*, incapable de succéder à celui-ci[6]. Chez les Francs, le concile de Verberie, si l'on en croit Réginon, prit une décision identique[7]. Charlemagne, en 802[8], donne aux *missi dominici* des instructions dans le même sens. En 803, un capitulaire ayant force de loi

[1] Voyez les textes cités par Kurth, t. II, p. 109, n. 2. Voyez aussi *Capit.* 114, c. 1 (Boretius, p. 232, du concile de Fréjus en 791) ; — Capit. e conc. excerpt., a° 826, c. 11 (Boretius, p. 313, du concile de Tours) ; — *Anseg.* II, 41 (Boretius, p. 423) ; — Conc. Mog, a[i] 847, c. 28, 29 (Krause, p. 183) ; — Cf. ci-dessus, p. 211, n. 3 ; — Un capitulaire de Charlemagne postérieur à 803 exhérède les incestueux (Boretius, n° 56, c. 3, p. 143).

[2] *Wisig.*, VI, 5, 17 à 19.

[3] *Alam. Hloth.*, 40.

[4] *Alam. Hloth.*, 35.

[5] *Bajuv.*, II, 9.

[6] *Fris.*, XIX, 1.

[7] Conc. Vermer., cap. relat. a Reginone (II, 223), c. 8 (Baluze, *Capit.*, t. I, p. 166).

[8] *Capit. miss. gen.*, a[i] 802, c. 37 (Boretius, n° 33, p. 98).

prononce la peine de mort contre l'homme qui a tué son père, ou sa mère, ou un oncle, ou quelque autre parent aussi proche, fût-ce même pour échapper à la servitude. Les membres de sa famille, sans doute s'ils ont été ses complices, sont condamnés à l'esclavage. S'il nie le crime, il ne pourra prouver son innocence au jugement de Dieu qu'en marchant sur neufs socs de charrue incandescents[1]. Moins rigoureux, les *capitula pro lege habenda* de 829 portent que le parricide encourra tout à la fois l'exhérédation, la confiscation et la pénitence canonique[2]. Deux lettres pontificales nous donnent une idée de ce que pouvait être celle-ci. La première, adressée par Grégoire III à saint Boniface en 738, interdit de donner la communion aux coupables autrement qu'en viatique. Ils devront, en outre, pendant toute leur vie, jeûner trois fois par semaine et s'abstenir même les autres jours de viande et de vin[3]. La seconde, adressée en 858 par Nicolas Ier à Ratalde, évêque de Strasbourg, en réponse à une consultation de ce dernier, impose à un homme qui avait tué sa mère une pénitence moins longue et moins dure, mais plus savamment graduée, en vue de l'amendement du coupable. La première année, il ne pourra entrer dans l'église : il demeurera à la porte pour prier. Les trois années suivantes, il pourra entrer, mais non communier. Ensuite il pourra communier, mais sept années durant, les oblations lui demeurent interdites. Pendant ces onze années d'expiation, il ne pourra manger de chair, ni boire de vin, qu'entre Pâques et la Pentecôte, si ce n'est le dimanche et les jours de fêtes ; il jeûnera jusqu'au soir trois fois la semaine ; il ne voyagera qu'à pieds et n'aura le droit de porter les armes que pour combattre les infidèles[4].

Telles étaient les châtiments portés contre le parricide tant

[1] *Capit. leg. add.*, a° 803, c. 5 (Boretius, n° 39, p. 113). Toutefois l'ancienne législation paraît être demeurée en vigueur pour le cas où le meurtre a été accompli afin d'éviter un déshonneur « *peccato imminente* » (Capit. 56, post a^m 803, c. 3 ; Boretius, p. 143).

[2] *Capit. Wormat.*, a^i 829, c. 2 (Krause, n° 193, p. 18) ; — Cf. Conc. Mog., a^i 847, c. 20 ; (Krause, p. 181).

[3] Ep. Greg. III, ad S. Bonif., c. 7 (ap. Sirmond, t. I, p. 522).

[4] Ep. Nicol. I, ad Ratald. (ap. Sirmond (Delalande), t. IV, p. 181) ; — Cf. Conc. Wormat., a^i 868, c. 30 (Labbe, VIII, p. 951).

par les lois civiles que par le droit canon[1]. Dans le même ordre d'idées, nous trouvons, en pays romain, à côté des pénalités du Code de Théodose, les dispositions du sénatusconsulte Silanien encore en vigueur. Au VIII[e] siècle, en Aquitaine, les enfants du comte Sadrégisile, ayant négligé de poursuivre les meurtriers de leur père, sont déclarés indignes de recueillir sa succession[2]. De même, le texte des Sentences de Paul sur le sénatusconsulte Macédonien figure dans le bréviaire d'Alaric, d'où il passe, au IX[e] siècle, dans le recueil de Benedictus Levita[3].

Purifier le foyer domestique, et, si l'on n'en pouvait toujours chasser la discorde, en écarter du moins le meurtre et la violence, c'était une œuvre nécessaire, urgente. Le concours qu'ils prêtèrent à l'Eglise sur ce point honore grandement les législateurs des barbares. Malheureusement, ils ne s'en tinrent pas toujours là. Poussés par la nécessité de réprimer les désordres publics, ils allèrent parfois jusqu'à méconnaître les devoirs de famille les plus certains, les sentiments, les affections les plus légitimes. C'est ainsi que la loi des Wisigoths autorisait les fils majeurs à intenter contre leur mère des poursuites en adultère[4], et que celle des Burgondes avait pris, contre les gens adonnés au brigandage, des mesures plus odieuses encore. Non seulement le coupable était condamné à mort, comme il était juste, mais encore sa femme, fût-elle innocente, encourait la perte de la liberté par cela seul qu'elle n'avait pas immédiatement dénoncé son mari. Les enfants devenaient, comme elle, esclaves de la victime, s'ils avaient au moment du crime dépassé l'âge de 14 ans. Seuls, les mineurs de dix ans échappaient à toute peine et pouvaient recueillir l'héritage paternel[5].

[1] Le parricide involontaire est soumis par le concile de Tribur à la même pénitence que l'homicide volontaire : Conc. Trib. c. 53 (a° 895, KRAUSE, p. 241).
[2] DUCHESNE, t. I, p. 582 (LAFERRIÈRE, t. II, p. 516, texte et n. 10).
[3] *Paul, Sent.*, II, 5 ; — *Bened. Lev.*, III (VIII), 326 ; — BALUZE, t. I, p. 1092.
[4] *Wisig*, III, 4, 13.
[5] *Burg*, 47, 1 à 3.

V

Droit de garde.

Tout n'était pas à blâmer dans ces lois. Elles tendaient, quoique par des voies indues, à tourner au bien la solidarité familiale en l'empêchant de dégénérer en complicité criminelle. Leur but comme celui des lois sur l'inceste, le parricide, l'éducation des enfants, le respect et l'obéissance dus aux père et mère, était de sauvegarder l'ordre et la dignité de la société familiale contre les périls du dedans. D'autres dispositions furent prises pour les mettre à l'abri de toute atteinte venue du dehors.

L'Eglise, la première, interdisait aux fidèles et aux prêtres de faire entrer dans son sein les enfants des païens, des hérétiques ou des Juifs en leur administrant le baptême à l'insu de leurs parents avant qu'ils eussent l'âge de le demander eux-mêmes en pleine connaissance de cause. Elle ne levait cette défense que dans le cas de mort imminente, au moment où la nécessité de sauvegarder les intérêts éternels de l'enfant devenait assez pressante pour primer à ses yeux le droit naturel qu'elle reconnaissait à ses père et mère de régler sa vie selon leur conscience jusqu'à ce qu'il fût capable de la régler selon la sienne. Le respect qu'elle témoignait ainsi à l'autorité paternelle trouvait toutefois des limites dans celui qu'elle professait pour ses propres doctrines et pour la liberté humaine. L'enfant en bas-âge avait-il recouvré la santé après avoir reçu le baptême à l'article de la mort? L'Eglise ne pouvait pas, sans renier toutes ses croyances sur l'effet de ce sacrement, laisser grandir en dehors d'elle le petit être qu'il avait fait sien. Elle devait au nouveau chrétien, elle se devait à elle-même de veiller à ce qu'il conservât sans altération le caractère surnaturel dont elle le voyait revêtu. L'enfant parvenu à l'âge de raison avait-il demandé et obtenu son admission parmi les fidèles? L'Eglise ne pouvait laisser sa foi en péril. Elle devait permettre qu'il s'éloignât du danger, et même au besoin, user de son

pouvoir pour l'y soustraire. Ses droits, ceux de l'enfant, l'emportaient de beaucoup, dans l'un et l'autre de ces cas, sur ceux du père et de la mère. Elle autorisait donc alors l'enfant à quitter la maison familiale. S'il était trop jeune ou trop faible pour en manifester efficacement la volonté, elle intervenait directement pour le retirer de la garde de ses parents et le prendre sous la sienne. « Nous ordonnons, disaient les évêques réunis à Tolède en 633, de séparer de leur famille les fils et les filles des Juifs, de peur qu'ils ne soient enveloppés par la suite dans les erreurs de leurs parents. Ils seront placés dans des monastères ou confiés à des personnes chrétiennes et vivant dans la crainte de Dieu. Ils apprendront, dans ce milieu, à aimer et à pratiquer la religion, et cette éducation meilleure ne profitera pas moins à leurs mœurs qu'à leur foi »[1]. Le concile de Meaux reproduisit ces dispositions en 845[2]. Les principes qui les avaient dictées en assurèrent la persistance. Elles figurent au *Corpus juris canonici*[3], et naguère encore le Pape Pie IX en fit, dans ses États, une application mémorable[4].

Cette exception n'empêchait pas l'Eglise de reconnaître et de consacrer très fortement, dans sa législation, le droit paternel de garde. Nous en verrons bientôt de nouvelles preuves en ce qui concerne l'entrée des enfants en religion et leur mariage. Les lois barbares aussi frappaient avec sévérité les violateurs de ce droit. Chez les Wisigoths, ceux qui détournent une mineure ou l'excitent à la débauche et ceux qui emploient leurs honteux services, sont livrés ensemble à la vengeance des parents[5]. Il en est de même du plagiaire, pour qui la loi

[1] Conc. Tolet., IV, 59, 60 (a° 633 : LABBE, t. V, p. 1719, 1720). Le même concile (c. 57), interdit de baptiser les Juifs sans leur libre consentement. Le texte du canon 59, qui prescrit de séparer des Juifs convertis, puis renégats, leurs enfants chrétiens qu'ils ont circoncis, montre d'ailleurs suffisamment que les prescriptions du concile ne s'appliquent en aucun cas aux enfants Juifs de parents Juifs. Au surplus, certaines variantes du canon 60 ajoutent aux mots « *Judæorum filios vel filias* » l'épithète « *baptizatos* » (Cf. LABBE, *loc. cit.*).

[2] Conc. Meld., c. 75 (a° 845, SIRMOND, III, p. 55 ; — KRAUSE, II, p. 419, n° 293.

[3] *Corp. jur. can.*, II, 28, 1, 11 : « *Judæorum filios* ».

[4] Affaire Mortara.

[5] *Wisig.*, III, 3, 11. Cf. ci-après, ch. V, II. La loi salique (*Emend.*, XIV, 14) impose

fixe elle-même différentes peines : on pourra le tuer, le vendre, exiger une composition de 500 sous d'or, comme pour un meurtre. Il ne peut échapper à ce sort rigoureux qu'en restituant l'enfant volé ; encore devra-t-il, même en ce cas, verser 250 sous d'or[1]. Presque tous les codes des barbares contiennent des dispositions contre ce crime, qui semble avoir été fréquent à la suite des invasions. Partout la composition est la même que pour le meurtre. Elle est réduite de moitié d'après la loi salique, lorsque la personne volée a pu revenir parmi les siens[2]. Dans le même cas, la somme due est fixée, chez les Frisons[3], à deux fois le profit que le crime a procuré à son auteur ; chez les Saxons[4], à la moitié seulement de ce profit. Le coupable ne doit plus le wehrgeld lorsqu'il restitue. Il est alors affranchi de toute poursuite chez les Alamans et les Frisons[5] ; mais chez les Saxons[6], il est encore obligé de transiger avec la famille de sa victime. La loi des Bavarois[7] est la plus sévère de toutes : elle exige, même en cas de restitution, le payement d'une composition et d'une amende ; et si le plagiaire ne peut ni restituer, ni payer le wehrgeld, il devient esclave.

Le simple fait de couper les cheveux à un enfant sans l'aveu de ses parents, donne lieu, chez les Saliens, à une composition considérable. La chevelure, comme je l'ai dit plus haut, est, jusqu'à l'âge de dix ans, le signe de l'ingénuité. La couper

au corrupteur d'une jeune fille (*puella*), une composition de 45 sous d'or ; mais les deux derniers textes de Pardessus ne visent que le cas où la fille est fiancée à un autre homme et j'incline à penser que c'est aussi l'hypothèse prévue dans les autres textes, bien que l'épithète « *desponsata* » ne s'y lise pas. Ce n'est donc pas à proprement parler le détournement de mineure que la loi punit de la sorte. — v. aussi ci-dessus, p. 108, n. 5.

[1] *Wisig.*, VIII, 5, 3.

[2] *Sal.*, *emend.*, 41, 3 et 4. Cette disposition est sans doute relativement récente. Elle ne figure pas dans les deux premiers textes de Pardessus (39, 2 et 3), elle est dans le troisième (39, 4 et 5) et manque dans le quatrième (66). Si la victime du plagiat est un Romain, la composition n'est que de 62 sous 1/2 comme pour la tentative de meurtre contre un Salien (1er texte, 39, 3 et 17). L'*emendata* ne reproduit pas cette distinction.

[3] *Fris.*, 21. Le coupable est en outre frappé d'une amende de douze sous d'or.

[4] *Sax.*, 20.

[5] *Alam.*, *Hloth.*, 46 ; *Fris.*, 21.

[6] *Sax.*, 20.

[7] *Bajuv.*, 9, 4.

avant cet âge, c'est porter atteinte à cette ingénuité même et les parents seuls en ont le droit. Tout autre, s'il agit à leur insu, ne se rend pas seulement coupable à leur égard d'une grave injure, il commet une tentative de plagiat et la loi le traite en conséquence[1].

VI

Entrée de l'enfant en religion ou dans les ordres. — Vœux.

Peu à peu cependant, on oubliait le sens des coutumes primitives et, par suite, celui des règles légales qui en dérivaient. Elles subsistaient encore les unes et les autres ; on coupait toujours avec quelque cérémonie les longs cheveux des enfants parvenus à l'âge de dix ans et les textes que je viens de citer se lisaient toujours dans la loi salique ; mais on ne voyait plus très nettement le lien originel qui unissait les textes et l'usage. On ne s'expliquait plus très bien que de si fortes compositions pussent être imposées pour un délit que l'on commençait à trouver insignifiant. On en conclut bientôt que la loi ne s'appliquait pas à ce délit, mais à la tonsure ecclésiastique, et que le législateur avait tout simplement voulu défendre d'admettre les enfants à la cléricature ou à l'état monastique sans le consentement de leurs parents.

[1] *Sal. Em.*, XXVI, 2 et 3. Le premier texte de Pardessus ne renferme pas ces paragraphes. Le second fixe la composition à 45 sous d'or, qu'il s'agisse d'un garçon ou d'une fille (XXIV, 2 et 3) : c'est le chiffre qu'il indique pour les blessures graves (XVII, 5 ; XXIX, 3 et 9), les violences (XXI, 2 ; XXXII, 2), la séduction ou les tentatives du même genre (XV, 3 ; XX, 2), la diffamation la plus grave (XXX, 3), les vols d'objets précieux et les vols avec effraction (III, 8 ; IV, 4 ; VII, 3 ; VIII, 1 ; XI, 5 ; XXI, 3 ; XXVI, 2 ; XXVII, 10, 13, 17, 19, 20 ; XXXIII, 1 et 2 ; XXXIV, 4 ; XXXVIII, 1 et 2). Le troisième texte (XXIV, 1 et 2) et le quatrième (XXXIV, 1 et 2) élèvent à 62 sous d'or 1/2, la composition pour avoir tondu un garçon. C'est le chiffre fixé notamment pour la tentative de meurtre (3e texte : XVII, 1 et 2 ; 4e texte, XXI, 1 et 2) et pour le rapt (3e texte, XIII, 4, n. *e* ; 4e texte, XIV, 1). L'*emendata* porte 45 sous quand la victime est un garçon ; 62 sous quand c'est une fille. Les *capita extravagantia*, (IV, 1 et 2) vont jusqu'à 100 sous dans ce dernier cas. C'est le chiffre fixé, entre autres, pour le plagiat dont la victime a pu revenir dans son pays (*Emend.*, 41, 3). C'est la nature de ces divers crimes ou délits qui me détermine à penser que les Francs considéraient la tonsure dont il s'agit comme une tentative de plagiat.

C'est ce que font clairement entendre les capitulaires de 819[1], qui prononcent la nullité des engagements ainsi conclus et triplent la composition fixée par la loi salique. Plus tard, le concile de Tribur autorise les parents à réclamer leur enfant mineur tonsuré sans leur aveu. Si le consentement de l'enfant a été obtenu par la violence, le même droit leur est accordé quoique l'enfant soit majeur. Ils le conservent dans les deux cas pendant une année, au bout de laquelle leur silence vaut ratification[2]. Auparavant déjà l'on trouve dans une collection canonique irlandaise du VIII[e] siècle, fort répandue aux siècles suivants, et souvent citée sous le nom de concile d'Irlande, une disposition autorisant le père à annuler les vœux faits à son insu par sa fille mineure demeurant avec lui, pourvu qu'il manifeste la volonté dès que ces vœux seront venus à sa connaissance[3].

Il résulte de ces différents textes que l'enfant était libre, à partir d'un certain âge, d'entrer en religion ou dans les ordres sans le consentement paternel. Pouvait-il également n'y pas entrer si son père voulait l'y contraindre et en sortir si son père l'y avait engagé pendant sa minorité? Nous avons vu cette question résolue par l'affirmative dans les premiers siècles. Ce respect de la liberté ne s'opposait d'ailleurs aucunement à à ce que l'on reconnût aux parents le droit d'offrir à l'Église leurs enfants encore mineurs[4]. L'usage de ce droit ne tarda pas à se répandre. Au IV[e] siècle, la première décrétale du pape saint Sirice fait déjà mention d'enfants voués à l'état ecclésiastique dès leur bas âge « *a primis infantiæ annis* »[5]. Les nombreux textes qui vont passer sous nos yeux montrent que ces offrandes devinrent très fréquentes à l'époque

[1] *Capit. Eccles.*, a[i] 818-819, c. 20; — *Capit. pro leg. hab.*, a[i] 818-819, c. 21 (BORETIUS, n° 138, p. 278 et n° 139, p. 285); — Cf. PARDESSUS, p. 375, n. 256.

[2] Conc. Tribur, a[i] 895, c. 24 (KRAUSE, n° 252, p. 226, 227); — Cf. ci-après, p. 225, n. 5. Le 10[e] concile de Tolède (c. 6, a° 656) avait déjà pris une décision analogue (LABBE, VI, col. 463).

[3] Synod. Hibern. apud Burch. (Wormat., 12, 26. Ce texte se trouve aussi dans le *Corpus juris can.*, II, 22, 5, 15 « *pueri ante* ».

[4] Cf. THOMASSIN, t. II, col. 133.

[5] Ep. Siric., 1, c. 9, citée par THOMASSIN, *ibidem*.

franque et furent partout et toujours tenues pour pleinement licites.

M. Glasson considère le droit du père en cette matière comme dérivé de son droit primitif de vente[1]. Il faut observer cependant que, au temps où les chrétiens commencèrent à en user, les lois de Rome auxquelles ils étaient soumis, et probablement aussi les usages romains, ne toléraient plus les ventes d'enfants que dans les cas d'extrême misère[2]. Auparavant même, il serait difficile de faire rentrer dans le droit de vente celui que possédait le *paterfamilias* d'offrir sa fille au collège des Vestales. Le seul rapport qui semble vraiment les unir, c'est qu'ils ont l'un et l'autre pour commune origine l'omnipotence primitive du père, à laquelle vient s'ajouter, pour donner naissance au droit d'offrande, le caractère religieux de la *patria potestas* soit dans le paganisme, soit dans la doctrine chrétienne[3].

Je dois ajouter toutefois que, si le droit d'offrande ne me paraît pas, en lui-même, dérivé du droit de vente, les idées, les coutumes, les lois de l'époque mérovingienne relatives à ce dernier, ont dû jouer un rôle notable dans la naissance et le développement des abus dont je vais parler. L'offrande dut être en bien des cas, pour les parents, beaucoup moins un acte de piété qu'une transaction entre leur affection et leur égoïsme ou leur misère. Ils se dirent, sans doute, que la condition de moine était préférable, pour les enfants, à celle d'esclave; et que, s'ils avaient, au moins en certaines circonstances, le droit de les vendre aux hommes, à plus forte raison ne leur contesterait-on pas le droit de les donner à Dieu. Ils cherchèrent donc parfois en cet usage, que la piété toute seule avait inspiré d'abord, un moyen commode de se débarrasser d'enfants infirmes ou trop nombreux[4]. Chose plus grave, on abandonna l'ancienne discipline de l'Eglise pour en adopter une nouvelle et tout opposée. En 531, le deuxième concile de Tolède avait encore ordonné que l'enfant voué à la cléricature

[1] Glasson, *France*, t. III, p. 45.
[2] Cf. ci-dessus, p. 56 et s.
[3] Cf. ci-dessus, p. 22, 141 et 142.
[4] Cf. *Cap. eccles.*, a[i] 803, c. 6 (Boretius, n° 42, p. 119).

par ses parents fût laissé libre, à dix-huit ans, de rester dans les ordres mineurs en se mariant, ou de s'engager à garder la continence pour recevoir, après une épreuve de deux années, les ordres majeurs[1]. Le troisième concile d'Orléans en 538 décidait, à son tour, que l'évêque coupable d'avoir ordonné quelqu'un sans son consentement, serait soumis à un an de pénitence[2]. Le cinquième, en 548, sans aller contre ces principes, est déjà moins précis en ce qui concerne le libre choix de l'enfant[3]. Un peu plus tard, le premier concile de Mâcon paraît consacrer l'irrévocabilité de l'offrande. Il en est de même du cinquième concile de Paris et du quatrième de Tolède, dont le texte, cependant, laisse place à quelque incertitude. A Mâcon, les évêques excommunient les femmes qui se marient, « après avoir été admise à la profession religieuse, volontairement ou sur la demande de leurs parents[4] ». A Tolède, ils promulguent, sans doute, tout d'abord, un canon qui semble encore plus catégorique[5]; mais, dans un autre canon, comme au concile de Paris, leur langage est moins formel et peut signifier que l'engagement pris par l'enfant soumis à l'autorité paternelle, est sans valeur, s'il n'est ratifié par le père[6]. Aussi le dixième concile de Tolède, en 665, nous apprend-il qu'il y

[1] Conc. Tolet. II, c. 1 (LABBE, IV, p. 1733).

[2] Conc. Aurel. III, c. 7.

[3] Conc. Aurel. V, c. 19 (SIRMOND, I, p. 282; — LABBE, V, p. 396). Le concile fixe un temps de probation après lequel les filles offertes par leurs parents seront admises à prendre l'habit selon la règle du monastère « dans lequel elles auront choisi de demeurer : *in quo elegerint permanere* ».

[4] Conc. Matisc. I, c. 12 : « *Puella voluntarie aut parentibus rogantibus religionem professa* » (a° 581, LABBE, V, p. 969).

[5] Conc. Tolet. IV, a^i 633, c. 49 : « *Monachum aut paterna devotio aut propria professio facit. Quidquid horum fuerit, alligatum tenebit. Proinde his ad mundum reverti intercludimus aditum et omnem ad sæculum interdicimus regressum* ».

[6] Conc. Paris. V, a^i 615, c. 13. Ce canon excommunie les filles et les veuves qui se marient après avoir pris l'habit religieux dans la maison paternelle : « *Quæ sibi vestes in habitu religionis in domibus propriis tam a parentibus quam per seipsas mutaverint* ». La phrase semble indiquer un acte librement consenti : « *sibi... mutaverint* ». Les derniers mots peuvent signifier : « soit par la volonté de leurs parents seulement, soit par leur volonté propre »; ou bien : « tant par la volonté des parents que de leur propre mouvement » ce qui viserait le concours du consentement de l'enfant et du consentement des parents. — Conc. Tolet. IV, c. 55 : « *Non aliter et hi qui detonsi a parentibus fuerint aut sponte sua, amissis parentibus, seipsos religioni devoverint* » Les mots « *amissis parentibus* » donnent

avait doute sur le point de savoir si l'offrande faite par les parents imposait à l'enfant des obligations perpétuelles. Pour couper court à toute indécision, ce concile décide que l'enfant est lié pour sa vie entière, s'il a été offert avant un certain âge. Un fois cet âge passé, l'offrande devient impossible : il ne peut plus être contraint[1]. Les mêmes principes se retrouvent au siècle suivant dans une réponse de Grégoire II à saint Boniface, datée de 726[2]. Il n'est pas douteux que les règles ainsi posées n'aient été observées dans la pratique dès le VIe siècle. Nous en trouvons la preuve dans Grégoire de Tours[3]. Il est même probable que les conciles et le Pape ne firent, en ce point, que consacrer la coutume. Elle s'enracina donc de plus en plus. Au IXe siècle, Carloman, fils de Charles le Chauve, est ordonné diacre malgré lui, en présence de son père ; et nul ne semble avoir songé, par la suite, à rendre celui-ci responsable du scandale causé par les désordres de son fils[4]. En 859, au concile de Savonnières, Othon, évêque de Verdun, fut accusé d'avoir autrefois violé les règles ecclésiastiques, en quittant le monastère auquel l'avaient offert ses parents[5]. En 868, enfin, le concile de Worms met textuellement au nombre de ses décisions la lettre de Grégoire II et le plus formel des deux canons du quatrième concile de Tolède, en faveur de la nouvelle discipline[6].

Les faits viennent donc ici fixer nettement l'interprétation des textes. Celle que Thomassin adopte pour le concile de

à entendre que c'est seulement après la mort des parents que l'engagement pris par l'enfant seul a quelque valeur. Jusque-là il ne peut entrer en religion de cette manière « *sponte sua* » ; il faut que ce soit ses parents qui l'y fassent entrer. Il ne résulte pas nettement de ces textes qu'ils puissent l'y faire entrer sans son consentement (LABBE, V, p. 1652 et 1718).

[1] Cet âge paraît être celui de la puberté (Cf. ci-après, 3e part., ch. I, VI). Le concile le fixe à dix ans (Conc. Tolet., X, a[i] 665, c. 6 ; — LABBE, VI. p. 463). « *Parentibus sane filios suos religioni contradere non amplius quam usque ad decimum ætatis eorum annum licentia poterit esse* ». Ici, pas de doute possible : il s'agit bien d'un engagement auquel la volonté de l'enfant n'a point de part.

[2] LABBE. VI. col. 1449.

[3] Cité par THOMASSIN, t. I, p. 1763.

[4] *Annal. Metenses*, dans DUCHESNE, cité par THOMASSIN, I, p. 1771 ; II, p. 139.

[5] Conc. Sapon, c. 7 (LABBE, VIII, p. 677).

[6] Conc. Wormat, a[i] 868, c. 22, 23 (LABBE, VIII, p. 950) ; — Cf. ci-dessus, n. 2, et p. 222. n. 5.

Mâcon paraît difficilement admissible. Selon lui, la discipline primitive était encore reçue en France au sixième siècle. Le concile aurait seulement voulu dire, comme celui d'Orléans en 549, que la profession religieuse, même pour les enfants offerts par leurs parents, deviendrait irrévocable au bout de quelques années volontairement passées dans un monastère. « Ce n'ont apparemment été que les conciles d'Espagne, ajoute le docte Oratorien, qui ont fait glisser dans le reste de l'Occident une coutume si contraire aux décrets de saint Léon[1], et qui l'y ont fait maintenir jusqu'au douzième siècle, même dans les décrets de l'Église romaine[2] ». Il est peu probable, nous venons de le voir, que les choses se soient passées de la sorte. C'est dans le royaume des Francs, au contraire, que la nouvelle coutume semble avoir pris naissance. L'Espagne et l'Italie l'empruntèrent à la France. Elle devint bientôt générale, et l'on put la croire définitivement établie le jour où Grégoire II la confirma.

C'est peu de temps après, cependant, que commença, dans le pays même d'où elle tirait son origine, le mouvement qui devait, à la longue, la faire disparaître. Les grands hommes qui fondèrent la dynastie carolingienne et les conseillers éclairés dont ils s'entouraient reconnurent sans doute ce qu'elle avait d'abusif en droit et de funeste en fait. Pépin le Bref, encore maire du Palais, consulta à son sujet le pape Zacharie et reçut de lui, textuellement, la réponse que saint Léon avait faite à Rusticus[3]. Les principes énoncés dans cette réponse durent ainsi prendre place, à côté de beaucoup d'autres venus de Rome, au nombre de ceux que les Carolingiens s'attachèrent à faire prévaloir[4]. Toujours est-il que, peu après l'avènement

[1] Il s'agit de la lettre de S. Léon à Rusticus de Narbonne, citée plus haut, p. 172, texte et n. 5; Cf. *ibid.*, n. 6.

[2] THOMASSIN, I, p. 1766. Il n'est pas bien sûr que le concile d'Orléans de 549 ait lui-même le sens que Thomassin lui attribue.

[3] Ep. Zachariæ ad Pippinum, maj. dom., c. 27 (LABBE, 6, p. 1513) : — Cf. ci-dessus, n. 1.

[4] La crainte que leurs descendants ne fussent tondus et cloîtrés contre leur gré par quelque rival, comme l'avaient été tant d'autres membres des familles royales et seigneuriales depuis Clovis, paraît n'avoir pas été étrangère non plus à ces tendances des Carolingiens. Dans le partage de l'empire, en 806, Charlemagne

de Pépin, le concile de Verberie défendit de donner le voile aux filles sans leur consentement et autorisa celles qui l'avaient reçu malgré elles à rentrer dans le siècle[1]. Le premier capitulaire de 805 ajouta qu'elles ne pourraient le recevoir, même de leur plein gré, avant d'être en âge de comprendre la portée de leurs engagements[2]. Déjà, en 791, le concile de Fréjus ne prononçait l'excommunication contre les femmes infidèles à leurs vœux que si elles les avaient prononcés sans contrainte[3]. Un peu plus tard, le concile de Mayence généralise cette double règle : « Que nul n'ait les cheveux rasés, porte le canon vingt-troisième, s'il n'est majeur et s'il n'y consent librement[4] ». Plus explicite encore, un capitulaire de 817, relatif à la vie monastique, exige que l'enfant offert par ses parents à un monastère ratifie cette offrande et promette d'observer la règle lorsqu'il sera en âge de le faire en pleine connaissance de cause, « *tempore intelligibili* ». Jusque là, il n'est engagé à rien[5]. Enfin, vers le milieu du neuvième siècle, l'auteur des Fausses Décrétales insère dans sa collection le

prend soin de stipuler que ses fils ne fassent pas subir pareil sort à ses petits-fils (*Div. regn..*, c. 18 ; — Boretius, p. 129). En 877, à Kiersy, Charles le Chauve prend la même précaution dans l'intérêt de ses filles (*Capit. Carisiac*, c. 6 ; — Krause, p. 357).

[1] Conc. Vermer, c. 4 a° 858, Boretius, n° 16, p. 40).

[2] *Capit.* I, a[i] 805, c. 14 (Boretius, n° 43, p. 122) ; — Adde : *Capit.* a[i] 811, c. 10 (Boretius, n° 72, p. 163).

[3] Conc. Foroj. a[i] 791, c. 9 : « *Virginitatis sive continentiæ propositum spontaneæ pollicentes* » (Labbe, VII, p. 1006).

[4] Conc. Mogunt, a[i] 813, C. 23 (Sirmond, II, p. 282).

[5] *Capit. Monastic.* a[i] 817, c. 36 (Boretius, n° 170, p. 346). De nombreux capitulaires reproduisent la défense de voiler les filles avant 25 ans. Plusieurs y joignent l'exception admise autrefois par l'Eglise d'Afrique pour le cas de nécessité ou d'exigence des parents : « *aut exigentibus parentibus* ». Il est à croire que ce sont ces derniers mots qui ont été l'origine de la coutume introduite par les conciles de Mâcon, Paris et Tolède. On les interprêta sans doute comme autorisant la consécration définitive de la fille, même malgré elle, ce que le texte africain ne dit nullement (Cod. can. eccl. afr., c. 126, ap. Mansi, III, 822 et Denys-le-Petit, (Justel), p. 169). Plusieurs textes se réfèrent aussi aux canons de même origine qui prescrivent de placer les filles offertes par leurs parents sous la garde de femmes graves et vertueuses choisies par le prêtre ou l'évêque. Voyez : *Adm. gen.*, a[i] 789, c. 40 et 46 (Boretius, p. 56, 57) ; — Syn. Franconof, a[i] 794, c. 40 et 46 (Boretius, p. 77) ; — *Capit. miss. spec.*, a[i] 802, c. 19 (Boretius, p. 103) ; — *Capit.* a[i] 802, c. 18 (Boretius, n° 37, p. 108) ; — *Capit.* a[i] 819, c. 26 (Boretius, p. 279) ; — Conc. Tribur, a[i] 895, c. 24 (Krause, n° 252, p. 226).

canon formulé autrefois dans le même sens par le deuxième concile de Tolède[1].

La lutte, on le voit, est constante à cette époque et sur ce point entre la discipline primitive de l'Église et celle qui avait prévalu à partir du sixième siècle. Les faits, c'est-à-dire les mœurs et la coutume, sont encore du côté de celle-ci; l'autre a pour elle le plus grand nombre des textes, c'est-à-dire la loi écrite et les autorités sociales[2]. On peut déjà prévoir le moment où la doctrine de saint Léon et de Zacharie prévaudra dans les décisions pontificales sur celle de saint Grégoire. A peu près au moment où cette dernière est adoptée par le concile de Worms, saint Nicolas Ier ne paraît pas éloigné de revenir à la première. Une de ses lettres, insérée au Corpus[3], autorise un jeune moine, offert au monastère par son père à l'âge de huit ou dix ans, à vivre comme clerc séculier et à recueillir l'héritage maternel dont ses frères prétendaient l'exclure à raison de sa qualité. Or, quels sont les motifs qui dictent cette autorisation ? C'est que l'enfant est entré en religion malgré lui. Il n'a jamais ratifié l'offrande dont il a été l'objet; on l'a revêtu de l'habit monastique sans son consentement et sans observer la règle. Il ne resterait aucun doute sur l'intention du Pape de se conformer à la discipline des premiers siècles, s'il relevait entièrement le jeune homme de ses vœux pour lui permettre de se marier, et si ces motifs étaient les seuls. Mais l'autorisation ne va pas si loin, et la lettre indique d'autres raisons. Le fils n'a pas été seul à faire valoir sa réclamation. Son père s'est présenté avec lui devant le Souverain Pontife. Il a attesté sous serment que le jeune homme n'avait jamais consenti à l'oblation ni promis d'obser-

[1] *Pseudo-Isidorus*, p. 352; — Cf. ci-dessus, p. 221, 222, texte et n. 1.

[2] Au commencement du xe siècle, cependant un copiste, abbréviateur et interprète tout à la fois du concile de Tribur, remplace le 27e canon, relatif aux clercs errants, guerriers et mondains, par un texte plus court, interdisant aux enfants offerts par leurs parents de quitter le monastère où ils ont été élevés et de prendre femme. Cette paraphrase infidèle passe dans le recueil de Reginon, puis, au xie siècle, dans celui de Burchard et de là dans le décret de Gratien (II, 20, 1, 6: « *quem progenitores* »). Voyez Krause, *Conc. Tribur*, 27 et 27 *bis*, p. 229; tab. III, n° 28, p. 203; et p. 196, al. 2.

[3] *Corp. jur. can.*, II, 20, 3, 4 : « *præsens clericus* ».

ver la règle, et que lui même, s'il avait su que cette règle fût si austère, jamais il n'eût voulu contraindre l'enfant à l'embrasser. De quelque poids que cette sorte de révocation ait pu peser dans la balance, le défaut de consentement du fils n'en demeure pas moins la principale raison qui détermina Nicolas Ier. Il serait au moins téméraire d'affirmer qu'elle n'eût pas suffi toute seule à lui faire prendre la même décision.

VII

Mariage de l'enfant. — Rapt. — Fiançailles. — Achat.

Si les textes relatifs à l'entrée des enfants en religion ou dans les ordres sont nombreux, ceux qui concernent leur mariage le sont bien davantage encore. La plupart s'appliquent aux filles. C'est en leur personne que les droits des parents sont le plus exposés à être violés. Le législateur civil ou ecclésiastique soucieux de la pureté des mœurs, de la dignité du mariage, du respect de l'autorité paternelle, devait donc parler surtout d'elles. Le mariage, d'ailleurs, les fait sortir de leur famille et met fin à la puissance de leur père : effets considérables que des avantages matériels importants viennent compenser, chez les Barbares pour le père et pour la famille, et qui ne se produisent pas lorsqu'il s'agit des fils. Il n'est donc pas surprenant que l'on s'occupe assez peu de ces derniers et beaucoup des filles. Le rapt, l'inconduite, la séduction, la nécessité et la liberté du consentement des parents, les fiançailles, les cérémonies nuptiales et les arrangements de famille qui les précèdent ou les accompagnent, sont l'objet d'une foule de dispositions dans les lois, les capitulaires, les décrets des conciles, les collections canoniques et les formulaires. En aucun point, le travail de fusion qui s'opère entre les divers éléments en présence n'est plus actif, ni l'influence réciproque des législations plus profonde.

Le rapt est sévèrement puni par la loi salique. La composition due par le coupable s'il est ingénu, varie avec la qualité

de la victime ; elle est, dans tous les cas, fort élevée[1]. S'il est lite ou affranchi du roi, il est condamné à mort[2]. Les trois principaux complices paient chacun trente sous d'or[3], comme pour le vol d'un esclave ou la tentative de vol avec effraction[4] ; les autres, cinq sous chacun. Lorsque l'enlèvement a eu lieu à main armée, la composition est plus forte[5]. Le viol entraîne le même châtiment que le rapt[6]. La simple inconduite de la fille libre de tout engagement donnait même à ses parents le droit de réclamer à son complice une somme de quarante-cinq sous d'or[7]. C'était là, nous le savons, une peine vraiment considérable[8].

La loi des Alamans, dans sa rédaction la plus ancienne, est bien moins rigoureuse[9] ; mais la plupart des autres lois barbares édictent, au contraire, des sanctions plus fortes. Elles considèrent aussi d'ordinaire le crime de rapt comme beaucoup plus grave lorsque la jeune fille est fiancée à un autre homme, tandis que la loi salique se borne en pareil cas à imposer au ravisseur une composition supplémentaire de quinze sous d'or. En général, elles exigent que les coupables paient aux parents de la jeune fille le wehrgeld de celle-ci, ou une composition qui en approche, ou le prix nuptial[10]. Quelques-unes y ajoutent une amende, soit dans tous les cas, soit seulement lorsque la jeune fille était fiancée[11]. D'autres, en grand nombre, portent la peine au double, au triple, à plus encore. Chez les Frisons, par exemple, elle doit être payée une fois à la jeune fille, une fois à son père et une fois au roi[12]. La loi saxonne distingue :

[1] *Sal.*, 13, 4 et 6 (1er texte) ; — *Emend.*, 14, 4 et 5. La composition est la même que pour la tentative de meurtre.
[2] *Sal.*, 13, 7 (1er texte) : — *Emend.*, 14, 6.
[3] *Sal.*, 13, 1 (1er texte) ; — *Emend.*, 14, 1.
[4] *Sal.*, 10, 1 et 11, 6 (1er texte) ; — *Emend.*, 12, 6.
[5] *Sal.*, 13, 3 (1er texte) ; *Emend.*, 14, 3.
[6] *Sal.*, 25, 1 (1er texte) ; — *Emend*, 14, 13.
[7] *Sal.*, 25, 2 (1er texte) ; 15, 2 (2e texte). Cpr. cependant avec XV, 3 (3e texte) ; XIV, 10 (4e texte) ; et *Emend.*, 14, 14 ; et voyez ci-dessus, p. 217, n. 5.
[8] Cf. ci-dessus, p. 219, n. 1.
[9] *Alam. pact. antiq.*, III, 30.
[10] *Rip.*, 34, 1 et s., : — *Thuring.*, 46 ; — *Roth.*, 186, 188.
[11] *Bajuv.*, VII, 6 et 8 ; — *Chamav.*, 47.
[12] *Fris.*, 9, 8.

Si la jeune fille a consenti à l'enlèvement, le prix nuptial est dû deux fois à ses parents. Si elle n'a pas consenti, elle sera ramenée au foyer paternel et recevra une composition ; le prix nuptial sera en outre payé à ses parents. Etait-elle promise en mariage? les fiançailles sont rompues, mais le prix sera payé une troisième fois, et le fiancé en profitera. Enfin, lorsque le rapt a été commis sur la voie publique contre une jeune fille accompagnée de sa mère, celle-ci doit recevoir encore la même somme, qui peut se trouver ainsi due quatre fois pour un seul crime[1]. La composition n'est doublée, chez les Lombards, que si la jeune fille était fiancée[2] ; et chez les Alamans, d'après la loi de Clotaire, que si elle meurt des suites du rapt, ou si le ravisseur ne la rend pas à sa famille[3]. La loi des Burgondes, au contraire, pose des distinctions encore plus précises et plus curieuses que celles de la loi saxonne. Le coupable paie neuf fois le prix nuptial ; six fois seulement, plus une amende s'il rend la jeune fille intacte ; trois fois si elle était de connivence avec lui. Ces deux circonstances atténuantes se trouvent-elles réunies, il ne doit plus rien. Insolvable, il devient esclave des parents[4]. Le complice de l'inconduite de la fille est aussi traité diversement selon les cas. Lorsqu'il n'y a pas pas apparence de rapt, la peine se réduit à quinze sous d'or, et la fille, dit la loi, aura la honte de son côté. Lorsqu'elle a quitté en cachette la maison paternelle pour se trouver au rendez-vous, le complice paiera le prix nuptial, mais restera libre de chercher femme ailleurs[5]. La peine de mort, enfin, est prononcée, pour l'exemple, contre la fiancée qui trahit sa promesse et contre son complice[6].

Il y a là une trace visible de l'influence des lois romaines[7]. Celle des mœurs de Rome se manifeste très nettement dans

[1] *Sax.*, 40 et 49.
[2] *Roth.*, 190, 191 ; — *Liutp.* 119, prononce en ce même cas l'exhérédation de la fille quand elle a consenti au rapt. — Pour la simple inconduite chez les Lombards, cf. ci-dessus, p. 210, n. 4).
[3] *Alam. Hloth.*, 52.
[4] *Burg.*, 12, 1 à 4.
[5] *Burg.*, 44, 1 ; 61.
[6] *Burg.*, 52, 5.
[7] Cf. ci-dessus, p. 166, 167, 169.

la loi des Bavarois. Nous y lisons, en effet, que la composition sera due, même si la jeune fille enlevée est une affranchie[1]; or, on sait que les affranchies n'étaient pas protégées à Rome contre les entreprises de la débauche, et il est vraisemblable que si les idées romaines à cet égard ne s'étaient pas répandues, le législateur bavarois n'aurait pas songé à déclarer expressément sa volonté de s'en écarter. On trouve aussi, parmi les *capita extravagantia* de la loi salique, une disposition manifestement inspirée par les édits de Constantin contre le rapt[2]. Les personnes qui ont conseillé ou favorisé ce crime, y sont punies de mort et l'on confisque leurs biens. A plus forte raison, le ravisseur est-il passible des mêmes peines : c'est pourquoi l'on abroge, en ce qui le concerne, les anciennes dispositions du droit salien[3]. Mais c'est dans la loi des Wisigoths que l'influence romaine est le plus sensible. Nous avons vu que le père peut tuer sa fille lorsqu'elle s'adonne à l'inconduite dans la maison familiale, ou lui imposer, ainsi qu'à son complice, telle peine qu'il juge à propos[4]. La loi, moins rigoureuse lorsque le foyer domestique n'a pas été souillé[5], reprend toute sa sévérité contre le rapt. Le coupable est fustigé et adjugé comme esclave aux parents de la jeune fille. Tous ses biens passent également à celle-ci lorsqu'il n'a pas d'enfants légitimes. S'il leur rend la fille intacte, il reste libre, mais il doit leur abandonner la moitié de sa fortune. Si la fille ose s'unir à lui, tous deux sont mis à mort, à moins qu'ils ne cherchent un refuge près de l'évêque ou dans l'église. Ils conservent alors la vie, mais ils deviennent l'un et l'autre esclaves des parents dont ils ont méconnu l'autorité[6].

1 *Bajuv.*, VII, 10 et 11.
2 Cf. ci-dessus, p. 166, n. 3; 169 et s.
3 *Sal.*, *capit. extrav.*, 6, 1 et 2.
4 Cf. ci-dessus, p. 210, 211.
5 *Wisig.*, III, 4, 7 : Si une ingénue, vierge ou veuve, est allée trouver un homme, « *adulterii causa* », et que cet homme veuille l'épouser, il devra obtenir le consentement des parents de la femme, et se mettre d'accord avec eux sur le prix. Après quoi le mariage pourra avoir lieu ; mais la femme sera déshéritée si ses parents ne la relèvent pas expressément de cette déchéance. Cette exhérédation est d'origine romaine (Cf. ci-dessus, p. 169 texte et n. 3).
6 *Wisig.*, III, 3, 1 et 2; — Adde : III, 1, 2 pour le cas où la fille est fiancée.

Il semble donc que les parents aient, à l'origine, dans tous les cas, le droit de faire grâce aux coupables et de ratifier leur union. Une loi plus récente leur retire ce droit pour le cas où ils ont déjà fiancé leur fille : ils doivent alors, s'ils se sont montrés favorables au ravisseur avant ou après son crime, payer au fiancé quatre fois le prix nuptial. La fille reste libre; mais le ravisseur devient esclave du fiancé, qui peut à son gré venger sur lui ses propres offenses. Lorsque la fille, étant fiancée, a été enlevée malgré elle, le ravisseur devient encore l'esclave du fiancé; mais ses biens, qui devaient dans le cas précédent suivre le sort de sa personne, sont alors dévolus pour moitié à sa victime. S'il ne possède rien, il est vendu, et le prix partagé entre les fiancés. Dans tous les cas, lorsque les frères de la fille ont participé à l'offense faite à leur père, ils sont traités comme le ravisseur, à la peine de mort près. Si l'attentat, au contraire, a été commis après le décès du père, et n'a pas, par conséquent, porté atteinte à son autorité, ils en sont quittes pour être fustigés et pour abandonner à leur sœur la moitié de leurs biens. La durée de l'action de rapt, enfin, est fixée à trente ans, tandis qu'elle n'est que de cinq ans dans les lois romaines[1].

Que ces lois aient été la source où furent puisées chez les Wisigoths, les Saliens et les Burgondes, les dispositions qui précèdent, il suffit, pour achever de s'en convaincre, de lire deux textes dont le caractère romain est incontestable : l'édit de Théodoric, à peu près contemporain de la loi Gombette, et le décret de Childebert II, à peu près contemporain des anciens textes wisigothiques. Théodoric punit de mort le ravisseur et ses complices, ainsi que la fille enlevée, lorsqu'elle a consenti. Il est interdit aux parents, sous peine d'exil, d'entrer en accommodement avec les coupables. Pour rendre plus difficile la dissimulation du crime, on promet la liberté à l'esclave dénonciateur ; mais les poursuites ne peuvent être intentées que

Cet article porte une amende contre la mère ou les frères complices des résistances de la fille à l'autorité du père.

[1] *Wisig.*, III, III, 3 et s.; 7; 11.

pendant 5 ans. Le viol est assimilé au rapt, lorsque le coupable n'est ni riche ni noble. Dans le cas contraire, il doit donner à la victime une part de ses biens : le cinquième, s'il est célibataire, et alors il est forcé de l'épouser ; le tiers s'il est marié, afin qu'elle puisse, grâce à cette dot, trouver un mari [1]. Childebert II, à son tour, prononce la peine de mort contre le ravisseur et contre la jeune fille, si elle a consenti. S'ils s'y soustraient en vertu du droit d'asile, ils sont exilés. Le mariage ne peut avoir lieu entre eux ; toute intervention en leur faveur est interdite. Il n'en est pas qui puisse les faire échapper à l'exil ou leur obtenir de vivre ensemble [2].

Les décrets des conciles et ceux des rois Francs se ressemblent en ce point comme en plusieurs autres à cela près que ceux-ci sont plus rigoureux. Le premier concile d'Orléans, près d'un siècle avant Childebert, avait déjà assuré aux coupables le bénéfice du droit d'asile. Lorsqu'ils pouvaient l'invoquer, ils échappaient à la mort. La jeune fille était rendue à son père sans subir d'autre peine que celle qu'il jugeait sans doute à propos de lui infliger. Le ravisseur devait payer une rançon ou devenir esclave [3]. En 557, le concile de Paris excommunie le coupable, même lorsque la femme enlevée est une veuve, et même, semble-t-il, lorsqu'elle a consenti à l'enlèvement [4].

Plus tard, le deuxième concile de Tours rappelle les lois, aujourd'hui perdues, de Childebert Ier, de Clotaire Ier et de Charibert, alors régnant, contre le rapt. Il exhorte les jeunes filles qui redoutent quelque violence à se refugier à l'Église jusqu'à ce que leur famille ait pu recourir au prince, ou obtenir leur délivrance de l'autorité ecclésiastique et les marier honorable-

[1] *Edict. Théod.*, 17 à 20 ; 59.

[2] *Décret. Childeb.*, c. 4 (a° 596) ; — BORETIUS, n° 7, p. 16 ; — Cf. ci-après, p. 233, texte et n. 4.

[3] Conc. Aurel. I, c. 2, a° 511 (LABBE, IV, p. 1406). Ce texte ne fait sans doute que donner la sanction canonique à une loi civile que nous n'avons plus. Peut-être est-ce la loi de Childebert Ier (511-558) dont il est parlé au 2e concile de Tours (Ci-après, texte et p. 233, n. 1).

[4] Conc. Paris. V, c. 6 (LABBE, V, c. 816) : « *Ut nullus viduam aut puellam alterius contra voluntatem parentum præsumat* ». *Præsumere*, *sumere*, ont d'ordinaire, dans les textes de cette époque, un sens plus large que *tollere* et surtout *rapere*, qui visent le rapt proprement dit.

ment[1]. Les mêmes prohibitions sont renouvelées en 844 par le deuxième concile de Vernon, mais il s'en remet à la justice séculière de la sanction qu'elles comportent. Les ravisseurs se mettent généralement peu en peine de l'excommunication, remarquent fort judicieusement les évêques ; il est donc tout à fait inutile de la fulminer contre eux[2].

Jusque-là, les anciennes règles du droit ecclésiastique demeuraient en vigueur. Le coupable du crime de rapt était excommunié : mais il pouvait rentrer dans la communion des fidèles par la pénitence canonique, et le mariage demeurait possible entre lui et sa victime. C'était aussi à peu près là qu'en venaient, en dernière analyse, les lois barbares qui ne prononçaient pas la mort. Les autres, et la loi romaine, n'aboutissaient pas, malgré leur rigueur apparente, à un résultat fort différent. La conjecture que je formais plus haut pour les temps antérieurs au VI[e] siècle[3] devient une certitude pour l'époque franque.

Il ne faut pas oublier, en effet, que les dispositions des lois civiles n'étaient applicables au ravisseur que s'il était poursuivi par la victime, sa famille ou ses amis. Faute de poursuites, il demeurait impuni. La loi romaine n'accordait même pour cette action qu'un délai de cinq ans. Qu'arrivait-il en pratique? Les formules des VII[e] et VIII[e] siècles sur ce sujet ne laissent aucun doute. Ce sont, en effet, le plus souvent des contrats de mariage entre la victime et le ravisseur. Celui-ci avoue son crime; il reconnaît avoir mérité la mort et ne devoir la vie qu'à la médiation des prêtres ou de personnes influentes[4]. Il fait ensuite à la jeune fille, qu'il appelle « sa très douce épouse », une donation, généralement considérable, à titre de composition et de dot[5]. S'il est esclave, son maître intervient

[1] Conc. Tur. II, c. 20, a° 567 ; — LABBE, V, col. 860.

[2] Conc. Vern. II, c. 6, a° 844 (KRAUSE, p. 384).

[3] Cf. ci-dessus, p. 171, n. 2.

[4] Le décret de Childebert était donc vraisemblablement resté lettre morte en tant qu'il interdisait cette médiation et ce mariage (Cf. ci-dessus, p. 232, texte et note 2).

[5] ROZIÈRE, 241 à 244 ; — Cf. 508 (*Andeg.*, 43) où il n'est question que du paiement de la composition par le ravisseur au père de la jeune fille. L'influence romaine est très sensible dans ces formules; j'aurai de nouveau l'occasion de le faire remarquer tout à l'heure.

pour reconnaître et garantir l'ingénuité des enfants à naître et probablement aussi celle de leur mère[1]. A ces conditions, les parents de la jeune fille renoncent à toute poursuite et consentent au mariage. Tel est le sens ordinaire de la médiation dont parlent les formules. Le décret de Childebert donne à entendre qu'elle ne s'exerçait pas seulement entre parties, mais aussi directement auprès du roi ou du seigneur chargé de veiller à l'application de la loi. Une formule de Sirmond nous la montre se produisant devant le juge et obtenant, de l'aveu sans doute des poursuivants, que la peine de mort soit commuée en une amende[2]. Nulle part, d'ailleurs, la légitimité du mariage entre le coupable et la victime n'est mise en question : on admet sans conteste que le vice de rapt est purgé par le consentement de la fille et de ses parents.

C'est au IX[e] siècle seulement que l'on voit apparaître dans les capitulaires, et bientôt dans les décrets conciliaires de l'empire franc, la doctrine que Childebert II et Théodoric avaient empruntée aux lois romaines. Le zèle impérial, comme il est arrivé maintes fois, la tira de décisions ecclésiastiques dans lesquelles elle ne se trouvait nullement. On sait avec quel respect Charlemagne reçut du pape Adrien la collection canonique de Denys le Petit, et quelle influence cette collection exerça dès lors sur le droit ecclésiastique de l'empire franc. Elle devint bientôt « le *codex canonum* par excellence de l'Eglise franque[3] ». C'est là que le conseil de Louis le Pieux alla chercher les textes qui devaient servir de base aux dispositions nouvelles. On y trouvait, en effet, un canon du concile de Chalcédoine et un canon du concile d'Ancyre sur le rapt[4]. L'empereur ayant promulgué, en 818 ou au commencement de 819, des « *capitula legibus addenda* » pour interdire le mariage, même avec le consentement des parents, entre le ravisseur de la fiancée d'autrui et sa victime[5], désira sans

[1] ROZIÈRE, 107 et 108.
[2] ROZIÈRE, n° 465. Cette formule se réfère à la loi romaine en ce qui concerne la peine et les délais de poursuite.
[3] VIOLLET, *Droit privé*, p. 47.
[4] JUSTEL, I, Dion. Exig. : conc. Anc., 30; Conc. Chalc., 27.
[5] *Capit. leg. add.*, a[i] 818-819, c. 9; — BORETIUS, n° 139, p. 282. Le ravisseur

doute appuyer cette décision sur l'autorité de l'Eglise. C'est pourquoi, dans le capitulaire ecclésiastique publié en même temps, il inséra, en les commentant selon ce désir, les deux canons dont je viens de parler. Ce texte est trop convainquant, il manifeste trop clairement l'intention de Louis le Pieux, son importance pour le point d'histoire que je cherche à élucider maintenant est aussi trop grande, pour que je ne le traduise pas ici.

« En ce qui concerne le rapt, dit l'empereur, nous avons rendu un décret spécial pour fixer la peine dont les coupables seront passibles désormais. Malgré cela, nous avons jugé nécessaire d'insérer ici les règles des sacrés canons sur le même sujet, afin que l'énormité de ce crime devienne évidente pour tous et que retenus par une autorité non seulement humaine, mais divine, tous s'abstiennent de le commettre à l'avenir.

« Voici ce que le concile de Chalcédoine, auquel assistèrent 630 pères, a décrété en son chapitre septième sur l'enlèvement des jeunes filles qui ne sont pas encore fiancées : — Ceux qui enlèvent des jeunes filles sous prétexte de mariage et ceux qui coopèrent au rapt ou l'approuvent seront déchus de leur dignité, s'ils sont clercs, excommuniés, s'ils sont laïcs. — Ces paroles donnent nettement à entendre quelle condamnation doit frapper les auteurs du crime, alors que les complices et leurs approbateurs sont frappés d'un tel anathème. Il est visible que, d'après la loi canonique, ils ne peuvent en aucune façon revendiquer le droit d'épouser en légitime mariage celles qu'ils ont enlevées.

« Sur les fiancées enlevées par d'autres que leur fiancé, voici ce que nous lisons au chapitre dixième du concile d'Ancyre : — Il nous a plu d'ordonner que les fiancées enlevées par d'autres fussent délivrées et rendues à leurs fiancés, alors même que le ravisseur aurait abusé d'elles. — Le saint concile a donc statué que le ravisseur serait soumis à la pénitence publique ; que la victime, lorsque son fiancé aurait refusé de la recevoir

doit rendre la fille à ses parents ; leur payer composition ainsi qu'au fiancé, et acquitter l'amende due au fisc.

et qu'elle n'aurait pas consenti au rapt, pourrait épouser un autre homme ; mais que si le ravisseur et elle osaient s'unir ensuite, ils seraient tous les deux excommuniés[1] ».

Cet impérial commentaire des textes de Denys le Petit paraît avoir été quelque peu négligé, puisque, moins de dix ans après sa rédaction, Ansegise, plaçant dans sa collection la décision que Louis le Pieux voulait appuyer ici de l'autorité divine[2], put cependant commettre l'inadvertance de mettre ces trois chapitres du capitulaire ecclésiastique dans son premier livre, consacré, dit-il lui-même, aux décrets de Charlemagne[3]. On sait le succès obtenu par la compilation de l'abbé de Fontenelle. Il est probable que la dissertation canonique de Louis le Pieux lui dut de sortir de l'ombre, et revêtit même, grâce à son erreur, une autorité très grande. Nous avons vu le concile de Vernon se référer simplement en ce qui concerne le rapt à la loi civile. L'année suivante, 845, le concile de Meaux se préoccupa d'apporter aux dispositions impériales la sanction de l'Église. Le texte de ses canons prouve à l'évidence que les coutumes révélées par les formules persistèrent dans l'empire franc, non seulement jusqu'aux capitulaires de Louis le Pieux, mais jusqu'à l'époque du concile. On y voit, de plus, que les lois civiles et canoniques en vigueur dans cet empire à la même époque, tout en frappant les ravisseurs avec sévérité, permettaient aux parents outragés de pardonner aux coupables et de transformer en justes noces, par leur ratification, l'union entachée de violence. Je traduirai donc encore ce texte entier malgré sa longueur.

« Les ravisseurs des vierges et des veuves, ceux là même qui, depuis le crime, se sont fiancées avec elles du consentement des parents en constituant une dot, et les ont épousées, doivent être soumis à la pénitence publique. Lorsqu'ils l'auront accomplie, telle que l'aura déterminée l'évêque, et pour éviter qu'ils ne se jettent dans de pires désordres, il faut qu'ils renouvellent leurs engagements, fassent des aumônes et

[1] *Capit. Eccl.*, a[i] 818-819, c. 22 à 24 ; — Boretius, n° 138, p. 278.
[2] *Anseg.*, III, 21 ; — Boretius, p. 439.
[3] *Anseg.*, I, 97 à 99 et præf. *in fine;* — Boretius, p. 408 et 394.

s'occupent des diverses autres œuvres d'une vie consacrée à la pratique de la religion et aux soins du salut. Jusque là, les époux doivent garder, d'un commun accord, la continence. Les enfants nés de ce commerce coupable avant le mariage, qui lui-même y perd de son honorabilité, ne pourront aucunement avoir accès aux dignités ecclésiastiques, ni recevoir les ordres, à moins que l'Église n'y ait un intérêt de nécessité ou d'utilité très grande, ou que des mérites éclatants ne viennent justifier une exception en leur faveur.

« Ceux qui, à la publication de la présente constitution, n'auront pas encore épousé comme il vient d'être dit, après fiançailles, constitution de dot et consentement des parents, les jeunes filles qu'ils ont enlevées, devront être séparés d'elles et soumis à la pénitence publique. Les jeunes filles seront rendues à leurs parents conformément à la loi. Une fois la pénitence accomplie, si leur âge et leur incontinence l'exigent, et si des deux parts on y consent, ils pourront s'unir en légitime mariage ; car, en ces matières, nous ne posons pas de règle absolue, mais, pour emprunter les paroles de Léon le Grand, nous déterminons ce qui peut être toléré. Si l'un des époux meurt ensuite et que le survivant soit celui qui a été soumis à la pénitence publique, il n'aura pas la faculté de se remarier. Cependant l'évêque pourra, s'il le juge bon, user en ce point de quelque indulgence pour éviter un plus grand péché.

« Quant à ceux qui désormais auront l'audace d'enlever des vierges ou des veuves, ils encourront l'anathème, eux et leurs complices, selon la définition synodale du bienheureux Grégoire [1] et les ravisseurs resteront à perpétuité incapables de contracter mariage [2] ».

On ne saurait contester en présence de ce texte la nouveauté de la doctrine qu'il consacre. Les mesures transitoires qu'il renferme, les distinctions qui s'y trouvent posées démontrent

[1] Greg., II Syn. Rom., a° 721, c. 10, 11. Ce texte est d'ailleurs muet sur la question de capacité que le concile de Meaux tranche aussitôt après l'avoir cité.

[2] Conc. Meld. — Paris. a° 845, c. 64-66 (Krause, n° 293, p. 413, 414) ; — Cf. Conv. ap. Marsnam, c. 5 (a° 851, Krause, p. 73) ; — Conv. ap. Valentianas, adn° Caroli, c. 8 (a° 853, Krause, p. 76).

surabondamment que, malgré les décisions civiles et ecclésiastiques de Louis le Pieux, cette doctrine nouvelle n'était pas encore entrée dans la pratique au milieu du IXe siècle. C'est donc une erreur évidente de dire que jusqu'au XIe siècle « on a regardé le rapt dans l'Église et dans l'État comme un empêchement dirimant perpétuel [1]». En ce qui concerne l'Etat, il faut borner cette assertion à l'Orient, où Justinien et ses successeurs remirent en vigueur et complétèrent les lois de Constantin que Valentinien avaient abrogées en partie [2]. L'Occident n'entra dans la même voie que sous Louis Le Pieux. En ce qui concerne l'Eglise, la nouvelle doctrine n'y jouit de quelque faveur en Occident qu'à partir de la même époque. Elle n'y était probablement pas encore admise en Orient quatre cents ans après Justinien, sous Léon le Philosophe [3].

A dater du concile de Meaux, jusqu'à la fin de l'époque franque, la théorie de Louis le Pieux paraît généralement admise. Benedictus Levita insère à différentes reprises dans sa compilation, des textes conformes [4], et elle se retrouve littéralement dans les canons du concile de Troissy en 909 [5].

[1] VANTROYS, p. 229. Cette assertion est d'autant plus surprenante que deux pages plus loin M. l'abbé Vantroys cite une lettre de saint Grégoire-le-Grand (✝ 604) ordonnant que le ravisseur épouse sa victime, s'il n'aime mieux être enfermé dans un monastère (addo : ci-après, n. 3).

[2] Cod. Just., IX, 13, 1, pr. et § 1, a° 528 ; — Nov. Just., 143 et 150 (milieu du VIe siècle) ; — Nov. Léon, 35 ; — Cf. ci-dessus, p. 169. C'est probablement aux lois de Constantin que divers textes cités ci-dessus, notamment le décret de Childebert et les capitulaires de 818-819, ont emprunté leurs dispositions sur l'exil du ravisseur et de la femme, lorsqu'elle consent à l'enlèvement.

[3] Nov. Léon, 35 : « NEQUE QUOD ECCLESIASTICÆ LEGI REBELLEMUS, *neque quod civilem simpliciter collidemus, hanc adversus virginis raptorem sententiam proferimus* : *sed posteaquam, velut via quadam rebus humanis conducibili investigata*, COMMISERATIONE SACRÆ LEGIS *id malum quasi insolescere*, CIVILIS VERO LEGIS AUSTERITATE *supprimi cognovimus, in eam sententiam unde rerum statui plus subsidii esset inclinavimus* ». On s'étonne que M. l'abbé Vantroys qui fonde principalement son opinion sur les deux novelles de Justinien, citées à la note précédente, bien qu'elles ne parlent pas de la législation ecclésiastique, n'ait pas pris garde à la novelle de Léon, qui en parle pour relever le contraste qu'elle présente avec la législation civile. Il est vrai que l'intervalle qui sépare Léon de Justinien est considérable ; mais il est peu vraisemblable que, dans cet intervalle, la législation ecclésiastique ait changé à Byzance pour se mettre en désaccord avec la législation civile ; il est déjà assez surprenant que le désaccord s'y soit maintenu.

[4] *Ben. Lev.*, II (VI), 96 et III (VII), 395 ; — BALUZE, *Capit.*, I, p. 938 et 1111.

[5] Conc. Trosleian, c. 8, a° 909 (SIRMOND, III, p. 552, 553) ; — Cf. Synod. Pap., a[i] 850, c. 10 (KRAUSE, n° 228, p. 119).

Ce ne fut donc là qu'une théorie transitoire. Il n'en pouvait être autrement. Le droit romain lui-même, où l'avait introduite l'exagération coutumière du zèle de Constantin, ne la favorisait pas. Elle était contraire à l'extrême faveur dont ce mariage a toujours joui en droit canonique. Elle heurtait, enfin, toutes les idées des Barbares, dans l'esprit desquels vivait encore la conception primitive du mariage par enlèvement. Les expressions qui se retrouvent constamment dans leurs lois et leurs formules sont remarquables à cet égard. Ils distinguaient du rapt le viol et la simple inconduite, nous en avons eu la preuve : or, quelle est à leurs yeux la nature de cette distinction ? Le rapt, le viol, l'inconduite, sont-ce là, pour eux, diverses espèces d'un même genre de crimes ? Pas le moins du monde. Le viol et l'inconduite rentrent dans la catégorie des relations illégitimes qui n'établissent aucun lien, même lorsqu'elles sont habituelles, entre ceux qui les ont ensemble. L'adultère est le type de ces relations. Son nom propre est aussi le nom générique qui les distingue : « *In adulterio,... adulterii causâ* », lisions-nous tout à l'heure dans les lois wisigothiques, et c'était de la simple inconduite qu'il était question[1]. Il en est de même dans la loi salique : « *si quis cum ingenua puella per virtutem mœchatus fuerit...* » voilà le viol ; « *si quiscunque ingenua puella spontanea voluntate, ambis convenientibus, mœchati fuerint* », voilà l'inconduite[2]. Quelquefois, on emploie des termes plus généraux : « *fornicata fuerit...*[3] *se miscuerit...* »[4] mais partout les expressions dont on se sert sont de celles qui désignent soit l'adultère, soit un rapprochement physique accidentel. Tout autre est la terminologie du rapt. Elle a ses verbes particuliers, avec les mots qui en dérivent : « *rapere, trahere, ferre, raptor* » ; mais elle renferme aussi des locutions étrangères qui ne laissent aucun doute sur l'idée que les barbares, en général, et tout spécialement les Francs, se faisaient de l'enlèvement : « *Si quis sponsam alienam* TULERIT *et sibi* IN CON-

[1] Cf. ci-dessus, p. 211, texte et n. 1.
[2] *Sal.*, 1er texte, 25, 1 et 2 ; *Emend.*, 14, 13 ; Cf. 14, 14.
[3] *Roth.*, 189, ci-dessus, p. 210, n. 4 ; Cf. *Liutpr.*, 60 et 125.
[4] *Burg.*, 61.

JUGIO *sociaverit* » dit la loi salique[1]. « *Si quis filium aut filiam alienam extra concilio parentum* IN CONJUGIO *copulandum consiliaverit* .. RAPTORES *vel convivas conciliatores... morte damnentur* », répète le sixième des *capita extravagantia*[2]. Même langage dans l'édit de Rotharis. « *Si vir mulieri* VIOLENTIAM FECERIT *et invitam eam tulerit* AD UXOREM »[3]. Bien d'autres textes seraient à citer ; mais ce sont les formules, fidèle expression de la pensée franque, qui nous offrent les expressions les plus caractéristiques. Elles ont, pour le rapt, une phrase pour ainsi dire sacramentelle : « *Non habetur incognitum,* écrit le maître de l'esclave ravisseur dans la charte d'ingénuité qu'il accorde à la victime, *qualiter servus meus te, absque parentum vel tua voluntate,* RAPTO *scelere in* CONJUGIUM *sociavit, et ob hoc periculum vitæ incurrere potuerat* »[4]. Le coupable est-il un homme libre ? Voici comment il libelle la constitution de dot dont j'ai parlé : « *Ego, in Dei nomine, ille, dulcissima* CONJUX *mea, illa. Dum et te sine voluntate parentum tuorum* RAPTO *scelere in meo sociavi* CONJUGIO *unde vitæ periculum incurrere debui...* »[5]. Nous lisons enfin dans la « *notitia* » de jugement citée plus haut : « *Veniens ille... accusabat aliquem, nomine illum, eo quod aliquam fœminam, nomine illam, jam anno expleto sine diffinitione parentum, vel sine ejus clamore aut vociferatione, eam volentem* RAPUISSET, *atque* IN CONJUGIO *sibi, malo ordine, contra legem et justitiam, sociasset...* »[6].

A comparer cette terminologie du rapt avec celle du viol et de l'inconduite, on reconnaît, sans le moindre doute, que le rapt n'est encore, au fond, pour les Barbares, qu'une manière de contracter mariage. Légitime à l'origine, passé ensuite probablement dans le domaine des fictions et des symboles, et devenu en même temps illégal et criminel dans celui des

[1] *Sal., emend.*, XIV, 8 ; 1er texte, XIII, 10.
[2] PARDESSUS, p. 330.
[3] *Roth.*, 186, adde : 187 ; — Cf. *Liutpr.*, 126.
[4] *Marculf.*, II, 29 (ROZIÈRE, 107) ; — Cf. ROZIÈRE, n° 108.
[5] SIRMOND, 16 (ROZIÈRE, 241) ; — Cf. ROZIÈRE, formules suivantes.
[6] SIRMOND, 32 (ROZIÈRE, 465).

réalités, il engendre encore à l'époque franque, une sorte d'union, imparfaite et fragile sans doute, mais véritable.

La notion de cette union est d'ailleurs vague, indécise, comme toutes les notions qui sont en voie de s'échapper de l'esprit des peuples. Les effets que les lois lui attribuent varient avec la date de ces lois, et avec l'état, les tendances, le caractère des nations dont elles cherchent, vainement d'ailleurs, à fixer ou parfois à modifier la coutume. Certaines d'entre elles paraissent voir surtout, dans le ravisseur, un mari qui veut frustrer les parents de sa femme du prix nuptial qui leur est dû. Aussi exigent-elles le paiement de ce prix, quelquefois au double, au triple ou davantage, soit qu'elles en laissent le montant indéterminé, soit qu'elles l'égalent au wehrgeld, sans doute parce qu'il représente la plus haute évaluation possible du tort causé à la famille par l'enlèvement d'un de ses membres[1]. Quelques-unes considèrent plutôt que le ravisseur, n'ayant pas payé le prix nuptial, ne peut avoir puissance ni sur sa femme, ni sur ses enfants, tant qu'il reste débiteur. Elles admettent donc le père, en vertu de son *mundium*, à revendiquer sa fille et à exiger, en cas de mort, son wehrgeld ou celui des enfants qu'elle a mis au monde[2]. La loi saxonne, plus récente, semble envisager les choses du premier de ces deux points de vue, mais seulement lorsque la jeune fille a consenti au rapt. Dans le cas contraire, toute idée de mariage est écartée : le ravisseur doit à la fois payer composition à titre de dommages-intérêts, et laisser rentrer sa victime au foyer paternel[3].

L'esprit des coutumes germaniques est ainsi d'accord avec leur langage, et le rapt ne nous apparaît, en somme, d'après lui, que comme une circonstance aggravante du défaut de consentement paternel. Il n'en pouvait guère être autrement.

[1] Cf. ci-dessus, p. 228, 229. Remarquer la disposition de la loi des Burgondes (61) : elle spécifie que le complice de la simple inconduite de la fille, tout en payant le prix nuptial, peut cependant prendre une autre femme. Rien de tel en cas de rapt.

[2] *Alam. Hloth.*, 52 et 54, 1 à 3 ; — Roth., 187, 188 : — Adde : Liutpr., 126 et *Alam. Hloth.*, 51.

[3] *Sax.*, 40 ; — Cf. ci-dessus, p. 228, 229.

Le rapt, en effet, vicie de deux manières l'union qu'il précède. La violence qu'il suppose exclut le consentement de la femme, ou, du moins, en rend la liberté douteuse. Elle exclut, d'autre part, le consentement des parents. Or, nous le verrons, la nécessité du consentement de la femme est encore, à la fin même de l'époque franque, une conception neuve, parfois assez confuse ou timidement exprimée. Il était naturel que l'on attachât peu d'importance à ce que le ravisseur méconnût cette nécessité, et que l'on considérât surtout l'autre aspect de son acte. On devait donc regarder le rapt à peu près uniquement comme tel que nous l'étudions ici, c'est-à-dire comme un attentat violent contre l'autorité paternelle. Aussi la confusion est-elle incessante, dans les textes législatifs et dans les formules, entre le rapt et le mariage sans consentement des parents. La théorie du rapt de séduction n'est pas, comme on l'a cru quelquefois, une invention des civilistes hostiles aux doctrines du concile de Trente en la matière. Elle s'épanouit de toutes parts à l'époque franque. Les rédacteurs des codes et des formulaires la professent inconsciemment, comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir. Seulement ce qui n'est chez eux qu'une confusion inoffensive et même favorable au mariage, devint chez les civilistes un système odieusement cruel[1].

Un coup d'œil sur les textes permettra d'apprécier combien la confusion que je signale est fréquente, universelle et complète[2]. Nous la rencontrons dans un des *capita extravagantia* de la loi salique : je le citais tout à l'heure[3]. Il suffit de le lire pour se convaincre que, dans la pensée du rédacteur, la caractéristique du rapt n'est pas tant la violence que le

[1] Cf. ci-après, 3e part., ch. I, VII.

[2] Les lois qui distinguent nettement le rapt du mariage sans consentement sont peu nombreuses et de date récente ou influencées par le droit romain. Telles sont les lois des Thuringiens (46, 47), des Frisons (IX, 8, 11), des Wisigoths (III, 3, 1 ; III, 2, 8), de Liutprand (5 et 31). Les distinctions qu'elles posent produisent surtout des différences dans les sanctions pécuniaires qu'elles prononcent : mais les remarques générales que je vais formuler leur sont applicables.

[3] *Sal. cap. extrav.*, VI, 1 ; — Ci-dessus, p. 240.

défaut du consentement paternel. La plupart des lois barbares donnent lieu à la même remarque. Celle des Burgondes a des sanctions toutes semblables pour le cas où la jeune fille s'est sauvée de la maison de son père pour aller trouver un séducteur et pour le cas où elle s'est mariée sans l'aveu de ses parents : or, le premier cas est considéré comme un rapt, car la disposition qui le concerne fait indubitablement partie du système de répression du rapt que j'ai analysé plus haut[1]. La confusion est donc visible. Ne lit-on pas, du reste, aussitôt après, un article où l'exhérédation est prononcée contre la fille Romaine qui a épousé un Burgonde sans le consentement paternel[2] ? La loi des Bavarois assimile expressément la séduction au rapt[3]. Cette assimilation se retrouve dans un texte de Benedictus Lévita[4]. Elle avait été formulée dès le sixième siècle par les capitulaires des rois Francs que cite le second concile de Tours[5]. Plus tard, dans la table des crimes frappés de 60 sous d'amende, le rapt est défini en ces termes : « *Qui raptum facit, hoc est qui feminam ingenuam trahit contra voluntatem parentum suorum*[6] ». Les formules nous montrent que les populations soumises à des lois portant peine de mort contre le ravisseur n'avaient pas sur ce point des conceptions différentes[7]. Partout, d'ailleurs, le consentement des parents, intervenant après coup, parfait et légitime le mariage.

De ces conceptions à celle d'un mariage valable sans le consentement paternel, la transition était facile. Ce n'est pas assez dire : cette dernière conception était implicitement dans les autres. Le temps, et, malgré la réaction que j'ai signalée, l'influence favorable des doctrines de l'Eglise devaient forcé-

[1] *Burg.*, XII, 4; CI : Cpr. LXI et XLIV, 1 ; — Cf. ci-dessus, p. 229.
[2] *Burg.*, XII, 5.
[3] *Bajuv.*, VIII, 16. La loi des Ripuaires assimile la séduction et le mariage sans consentement du père (*Rip.*, XXXV, 3).
[4] *Ben. Lev.*, III, 395 : « *Hi qui rapiunt aut seducunt* ».
[5] Conc. Tur., II, a° 567, c. 20 : « *Non solum Childebertus et Clotarius... sed etiam... Charibertus rex... præcepto roboravit ut nullus puellam absque parentum voluntate* TRAHERE *vel* ACCIPERE *præsumat* ».
[6] *Summula de bannis*, c. 5 (fin du VIII[e] siècle), BORETIUS, n° 110, p. 224.
[7] V. les textes cités p. 233, n. 5; 234, n. 1 et 2 ; — Cf. ci-après, p. 244.

ment la dégager peu à peu. Dès le huitième siècle, elle se trouve nettement exprimée dans une formule tourangelle. J'ai déjà cité ce document. Il s'agit d'un rapt. Désireux d'inscrire en tête de la charte de composition et de dot le principe légal qui autorise un tel contrat, le rédacteur de la formule a ouvert le Bréviaire d'Alaric, et faisant sur un texte de Paul un contre-sens que l'on faisait communément sans doute à cette époque, il copie l'*interpretatio* de ce texte en lui donnant la signification suivante : « Tant que les parents vivent, le mariage entre enfants de famille, sans leur consentement, est interdit par la loi ; mais; s'il a été contracté de la sorte, on ne le rompt pas[1] ».

A l'époque franque, d'ailleurs, ce n'est pas encore là un principe juridique, une règle légale ; mais c'est déjà une idée généralement reçue, un usage généralement pratiqué. La rigueur des peines prononcées par la loi en cas de mariage sans le consentement paternel montre assez que cette idée et cet usage ne vont pas à un affaiblissement de la puissance du chef de famille. Nous en verrons bientôt d'autres preuves. Les lois mêmes qui distinguent nettement du rapt le mariage sans consentement des parents et se montrent en ce dernier cas moins sévères, le sont encore assez pour que l'autorité paternelle soit sauve. Chez les Thuringiens, la fille coupable de cette faute perd tous ses biens présents et tous ses droits d'héritage. Elle est frappée des mêmes déchéances chez les Lombards à l'époque de Liutprand ; et si son mari meurt sans l'avoir dotée, elle ne peut rien réclamer aux héritiers du défunt[2]. Elle est exhérédée de plein droit chez les Wisigoths si ses parents ne lui font grâce[3]. Chez les Frisons, son mari paie une composition de vingt sous d'or[4], sans préjudice,

[1] Rozière, n° 241 ; — Sirmond, 16 : « *Viventibus patribus, inter filiosfamilias sine voluntate eorum, matrimonia non legitime copulantur ; sed contracta non solvuntur* » (Paul, *Sent.*, II, 19, 2, interp ; — Cf. ci-dessus, p. 60, n. 3 ; — Viollet, *Droit privé* p. 404, 405 ; — Glasson, *France*, III, p. 20. J'ai cité la suite de cette formule à la page 240 : « *Idcirco ego in Dei nomine..* ».

[2] *Thuring.*, 47 ; — *Liutpr.*, 5 et 114.

[3] *Wisig.*, III, II, 8. La peine de l'exhérédation est d'origine romaine ; cf. ci-dessus, p. 169, texte et n. 3 ; p. 230, n. 5.

[4] *Fris.*, IX, 11.

évidemment du prix nuptial. Partout les parents restent les maîtres de la situation. Il dépend d'eux de poursuivre les coupables. Certaines lois, nous l'avons vu, leur donnent le droit d'infliger le châtiment, qui va parfois jusqu'à la mort[1]. Légalement, ils pourraient revendiquer sur leur fille l'exercice de leurs droits de puissance, car ces droits subsistent tant qu'ils ne les ont pas cédés et transmis. Leur revendication amènerait la rupture du mariage irrégulièrement contracté. Ils sont ainsi, en réalité, les arbitres de l'accommodement auquel ils se prêtent d'ordinaire.

Ce sont eux qui jouent le principal rôle dans le mariage de leurs enfants. La plupart des lois que j'ai citées jusqu'ici leur attribuent tout ou partie des compositions dont elles fixent le taux. C'est à eux qu'est payé le prix nuptial. S'il s'agit d'un mariage servile contracté par leur fille ingénue, c'est souvent en leur nom et sur leur demande que la charte d'ingénuité, — *epistola conculcatoria,* — est rédigée[2]. Leur consentement est toujours mentionné dans les actes dressés au moment des fiançailles pour constater les conventions des parties[3] : on les y voit même stipuler et promettre au lieu et place de leur fils ou de leur fille, ou de leurs petits-enfants[4]. Il n'y a pas en tout cela de différence entre les formules qui se réfèrent aux lois barbares et celles qui sont conçues d'après la loi romaine[5].

Nous trouvons, d'ailleurs, dans un capitulaire de 819 où il est parlé du sujet qui nous occupe, une nouvelle preuve de la fusion de ces divers droits dans la coutume. Les Francs, réunis pour une nouvelle révision de la loi salique, constatent que le chapitre XLVIe, relatif aux secondes noces des veuves, a été abrogé par désuétude. Les parents du mari n'ont plus, à son décès, le *mundium* sur la femme. Celle-ci rentre dans sa propre famille. Il ne saurait donc plus être question de *reipus*[6], et le second mariage doit se

[1] Cf. ci-dessus, p. 210, 211.
[2] Voyez notamment : ROZIÈRE, n° 103, 109.
[3] ROZIÈRE, n°s 219-240.
[4] ROZIÈRE, n°s 223 et s. ; 240.
[5] ROZIÈRE, n°s 219 et s. : 228 ; 234.
[6] Le *reipus* était la somme payée aux parents du premier mari pour le rachat de la femme.

contracter absolument comme le premier. « L'assemblée a jugé unanimement, lisons-nous dans le capitulaire, que pour prendre une veuve en mariage il n'y a pas lieu de se conformer à ce qui est écrit dans la loi salique. Ceux qui veulent en épouser une, n'ont à demander et à obtenir que le consentement de ses parents, comme on l'a fait jusqu'ici en pareil cas[1] ».

L'origine de l'usage ainsi reconnu et consacré doit vraisemblablement être cherchée dans la loi de Valentinien et dans les principes religieux que j'ai mentionnés plus haut. Valentinien Ier, il est vrai, n'avait entendu parler que des veuves de famille sénatoriale, mais il avait formulé sa constitution en termes généraux et l'interprétation wisigothique, ordinairement suivie à l'époque franque, les reproduisait ainsi, en les accentuant : « *Viduœ intra vicesimum et quintum annum... adhuc vivis parentibus... si ad secundas nuptias venire voluerint, noverint conjunctionem suam in patrum potestate, non in propria voluntate consistere*[2] ».

Les dispositions canoniques contre le rapt disent assez que l'Eglise professait encore, au sujet du consentement paternel, la même opinion que primitivement. A ses yeux, il est nécessaire ; s'en passer est une faute grave, qu'elle réprouve énergiquement[3]. Le père est-il incapable de donner son consentement ? Elle veut qu'on s'en rapporte pour le mariage de sa fille au choix de l'aïeul. Telle est du moins la règle appliquée peut-être vers le milieu du VIe siècle par le pape Pélage, en un cas où le père était esclave et l'aïeul libre[4]. Tous les textes canoniques du IXe siècle font d'ailleurs figurer le consentement des parents au nombre des conditions dont la réunion caractérise le mariage régulier, honorable, célébré publiquement

[1] *Capit. leg. Sal. add.*, 8, a° 819 (BORETIUS, p. 293) ; — Cf. *Sal. Emend.*, XLVI et PARDESSUS, p. 687.

[2] C. Th., III, 7, 1, interp.

[3] Cf. ci-après, p. 247, et s. Par contre, elle blâme, nous l'avons vu, les parents qui ne marient pas leurs enfants lorsqu'ils sont en âge. Le concile de Pavie, en 850, les soumet à la pénitence canonique si leur négligence a eu pour résultat de faire tomber leur fille dans l'inconduite (Syn. Pap., c. 9 ; — KRAUSE, p. 119). La loi romaine n'allait pas, dans le même cas, jusqu'à les punir. Elle leur ôtait seulement le droit de punir, par l'exhérédation, les fautes dont ils étaient cause.

[4] Ep. Pélag. *au Corpus juris can.*, II, 32, 3, *unic* : « *Patrem puellæ* ».

selon tous les usages, l'union sur la légitimité de laquelle il ne peut surgir aucun doute. Il me suffira d'indiquer ici la fausse lettre du pape Évariste, insérée par Benedictus Levita dans son recueil, la lettre d'Hincmar aux métropolitains d'Aquitaine en 860, et celle de Nicolas Ier aux Bulgares, six ans après [1].

On a discuté à perte de vue sur ces textes afin d'en tirer des arguments pour ou contre la nullité canonique du mariage contracté sans le consentement des parents : discussions oiseuses tant que l'on n'aura pas accompli la tâche, parfaitement impossible, de trier, dans le pêle-mêle des conditions énumérées, celles que la nullité sanctionne. La véritable portée de ces textes ressort précisément de cette confusion inextricable. Ils sont étrangers à la question que l'on prétend leur faire résoudre. Ils ne visent pas à déterminer les conditions de validité du mariage, mais seulement ce qui distingue deux unions, d'apparence actuelle identique, dont l'une est légitime et l'autre ne l'est pas. D'où résulte essentiellement cette différence dans la pensée de leurs auteurs ? De la volonté des parties : « *Voluntas propria... vota legitima... matrimonium non facit coïtus, sed voluntas* [2] ». A quoi reconnaîtra-t-on cette volonté ? A tout signe montrant clairement que les parties ont entendu s'unir en mariage et non en concubinage ; mais, avant tout, à l'observation des coutumes religieuses ou profanes, qui concernent les fiançailles, la célébration des noces, la sanctification de l'union conjugale à ses débuts. Voilà pourquoi les textes donnent l'énumération de ces coutumes [3] sans avoir égard à leur sanction, et rangent parmi les cas d'incon-

[1] *Ben. Lev.*, III, 463 ; — Ep. Hincm., ap. Sirmond, III, p. 176 ; — Ep. Nicol., ad consult. Bulg., c. 3 (Labbe, VIII, col. 517) ; — Adde : *Ben. Lev.*, III, 179.

[2] Le sens de cette citation de saint Chrysostôme dans la lettre de Nicolas Ier est manifestement, d'après le contexte, que l'établissement d'un commerce charnel entre deux personnes ne suffit pas à les rendre mari et femme, s'ils n'ont, en outre, la volonté de s'unir par le mariage. C'est à tort qu'on l'a présentée comme affirmant le caractère consensuel du mariage et rejetant l'opinion qui ne le considérait comme parfait que s'il avait été consommé. Tel est bien sa signification dans les textes juridiques d'où saint Chrysostôme l'a tirée lui-même (Ulp., 35, *ad Sab.*, Dig., 35, 1, 15 et 50, 17, 30) ; mais Nicolas Ier l'entend autrement.

[3] Cf. ci-après, p. 251, 252.

duite, à moins que la volonté des parties ne soit hors de doute, les mariages pour lesquels on ne s'y est pas conformé.

C'est assez toutefois d'y voir figurer la demande en mariage et le consentement des parents pour être en droit de conclure que la nécessité de ce consentement était largement assurée à l'époque franque par les lois et par les usages. Restait à en assurer aussi la liberté. On en était vite arrivé, chez les Romains, à faire appel au despotisme impérial pour vaincre la résistance du père de famille. C'était la conséquence naturelle des théories qui représentaient la puissance des empereurs comme supérieure à toute loi. Honorius avait tenté de remédier à cet abus[1]. Malheureusement, l'empereur pouvait toujours s'affranchir d'une loi que l'empereur avait faite : l'abus subsista malgré la constitution d'Honorius. Il se trouvait, d'ailleurs, favorisé, chez les Barbares, à la fois par leurs coutumes nouvelles et par les traces que les coutumes primitives laissent partout longtemps après leur disparition. J'ai expliqué, dans la première partie de cet ouvrage, comment les chefs des tribus barbares avaient été engagés par la nécessité politique à se faire, lors des invasions, les protecteurs des incapables et des faibles et à les prendre, pour cela, sous leur *mundium*[2]. Possesseurs, de la sorte, d'une puissance quasi-paternelle sur un grand nombre d'individus et de familles, ils se trouvaient appelés comme tels à décider souverainement de tout ce qui concernait le mariage des filles ou des veuves « *in verbo regis* ». Ils n'avaient de là qu'un pas à faire pour en venir à imposer leur volonté en dehors de leur *mundium*, malgré la volonté contraire du père de famille. La transition était d'autant plus facile qu'il existait déjà, en dehors de ce *mundium*, une classe d'hommes pour qui c'était, sinon une obligation rigoureuse, du moins un devoir de convenance de ne point se marier et de ne point marier leurs enfants sans l'agrément du roi. Je veux parler des antrustions[3]. D'autre part, les rois barbares

[1] Cf. ci-dessus, p. 170.
[2] Cf. ci-dessus, p. 131.
[3] PARDESSUS, diss. V, p. 490; — LEHUÉROU (p. 151) est encore plus affirmatif et il étend son affirmation à tous les vassaux.

savaient à quoi s'en tenir sur les pratiques du despotisme romain et n'étaient que trop portés à les imiter. Il est probable enfin qu'il restait encore dans les esprits, à cette époque, quelques idées favorables à ces entreprises abusives du pouvoir : souvenir du temps où la société domestique et la société politique étaient confondues, l'autorité paternelle et la souveraineté réunies sur la même tête, et les droits du père sur le mariage de ses enfants mêlés, avec tous les autres, à ceux du chef, dans la même main.

On ne saurait donc être surpris de trouver dans les sources historiques ou juridiques de l'époque franque nombre de documents attestant la fréquence des unions contractées par le commandement du prince. La violence cessait d'être punissable chez les Wisigoths, dès lors que le roi avait permis de passer outre au refus de la jeune fille ou de ses parents[1]. Grégoire de Tours nous montre, à plusieurs reprises, chez les Francs, l'exécution des ordres du roi poursuivie devant la justice, la jeune fille enlevée du monastère qui lui servait de refuge, et le mari fort de la *præceptio* royale, bravant les menaces des parents outragés[2]. Le plus souvent, sans doute, comme il arriva sous Dagobert pour le mariage de Boson et de Salaberge[3], on cédait à la contrainte et l'on se pliait sans résistance à la volonté du souverain. Les efforts persévérants de l'Église contre cet abus, ne produisirent, semble-t-il, que des résultats partiels. Le quatrième concile d'Orléans excommuniait cependant ceux qui se mariaient de la sorte. Aux termes de ses décrets, c'est là un mariage impie, défendu, inadmissible, une véritable captivité[4]. Le cinquième concile de Paris portait la même interdiction en termes moins énergiques[5]. L'Église obtint même, en invoquant l'exemple des empereurs de Rome et l'autorité de leurs lois, que Clotaire II

[1] *Wisig.*, III, III, 11 : « *Qui puellam ingenuam vel viduam, absque regia jussione, marito violenter præsumpserint tradere...* ».
[2] Greg. Tur., IV, 41 ; VI, 16.
[3] *Vita S. Salabergæ*, *apud* D. Bouquet, III, p. 606.
[4] Conc. Aurel., IV, a[i] 541, c. 22 (Labbe, V, col. 385).
[5] Conc. Paris., V, c. 6, a[i] 557 : « *Nullus viduam au puellam alterius... regis beneficio æstimet postulandam* » (Labbe, V, col. 816).

interdit, comme Honorius, de demander ou de se procurer par surprise des lettres royales ordonnant mariage[1]. Il est à croire que l'on parvint de la sorte à rendre les abus moins fréquents : on ne les fit pas disparaître. Nous les retrouverons au Moyen-Age, atténués sans doute, mais passés en coutume. De là, nous pourrons en suivre la trace jusqu'à l'époque contemporaine.

Le consentement du père, librement donné, suffisait-il pour le mariage de l'enfant ? En droit, cela ne paraît pas douteux. Les textes juridiques ne mentionnent guère le consentement de la mère ou des autres membres de la famille que dans le cas spécial où le second mari d'une veuve prétend imposer un époux de son choix à sa belle-fille[2]. En fait, c'est tout autre chose. La règle coutumière trouve encore son expression dans les paroles de Tacite : « *Intersunt parentes et propinqui* ». Les textes qui le prouvent abondent. Nous pouvons, grâce à eux, nous faire une idée de la façon dont se concluait et se

[1] *Clotarii II præceptio*, 7 (BORETIUS, n° 8. p. 19) ; — Cf. *ejusdem edict.*, 18 (BORETIUS, n° 9, p. 23), relativement aux filles vouées à Dieu dans la maison de leurs parents ou dans un monastère, et violentées avec permission du roi. « Les grands du royaume, dit M. Paul Viollet à propos du mariage *jussu principis*, arrachèrent à Clotaire II une renonciation à ce privilège royal » (VIOLLET, *Droit privé*, p. 411). Cette opinion paraît reposer sur les mots : « *Clotarius rex omnibus comitibus* », qui figurent en tête de la *præceptio*. Il faut observer cependant que l'un des deux manuscrits utilisés par Boretius pour son édition de ce document, porte « *agentibus* » au lieu de « *comitibus* ». D'autre part, l'*edictum* est incontestablement ce que l'on pourrait appeler un capitulaire ecclésiastique ; il fut promulgué par le roi au concile même de Paris, le 18 octobre 614. Enfin, le rédacteur de la *præceptio* copie continuellement le bréviaire d'Alaric ; et la *præceptio* elle-même ne s'appliquait, suivant Boretius, qu'aux habitants de la Neustrie dont le droit romain était la loi personnelle (BORETIUS, p. 18). Dans ces conditions, il est naturel d'attribuer la décision de Clotaire à l'influence de l'Église et du droit romain plutôt qu'aux efforts de l'aristocratie franque ; d'autant que les grands s'arrogeaient vraisemblablement, dans le cercle soumis à leur autorité, des prérogatives toutes semblables au privilège royal en question. Ils étaient donc peu qualifiés pour en exiger la suppression.

[2] *Décret. Compend.*, a[i] 757, c. 6 (BORETIUS, n° 15, p. 38) ; — Conc. Compend., c. 4 (SIRMOND, II, p. 42) ; — Voyez cependant : conc Tribur, a[i] 895, c. 39 (KRAUSE, n° 252, p. 235). Ce texte mentionne, pour le mariage en général, le consentement de la famille de chaque époux : « *utrorumque consultu propinquorum* ». — Le Papien (37, 1), loi romaine des Burgondes, parle d'un « *conventus parentum aut ingenuorum virorum* ». Il ne s'agit pas là du consentement de la famille, mais seulement de la présence des témoins. Ce « *conventus* » est mentionné en même temps que le « *consensus* » dans la formule 235 de Rozière.

célébrait un mariage à l'époque franque et du rôle que les parents y tenaient.

La vie de sainte Berthe nous fournit à ce sujet d'intéressants détails, en ce qui concerne l'aristocratie franque. « Berthe avait 18 ans, dit son biographe, lorsque le renom de sa beauté et de ses vertus se répandit de toutes parts. Il vint bientôt aux oreilles du comte Sigefroy, parent du roi Clovis. Le jeune homme rassemble donc une escorte de soldats et se met en route. Une suite nombreuse, des premiers seigneurs du royaume, l'accompagne, comme il convient à l'illustration de sa naissance et à l'ampleur de ses richesses. Arrivé près du comte Rigobert, père de Berthe, il lui demande avec les plus vives instances la main de sa fille. Il s'engage à être pour lui un fils adoptif, à lui obéir en toutes choses, à donner à la jeune fille toute la dot prescrite par la loi des Francs, et à sa famille tous les présents requis par la coutume. Rigobert consent donc au mariage et en fixe la date. On le célèbre au bout de quelques jours avec toutes les solennités d'usage, et un magnifique cortège reconduit les nouveaux époux à la demeure de Sigefroy[1] ».

Au IXe siècle, tout se passe encore ainsi, avec plus ou moins d'éclat selon les rangs et les fortunes. « Voici la seule manière dont on célèbre un mariage légitime », écrit Benedictus Levita dans un texte qu'il attribue au pape Evariste pour faire croire à son antiquité. « La jeune fille doit être demandée à ceux qui l'ont en leur garde, sous leur autorité, puis fiancée par sa famille et dotée conformément aux lois. Elle recevra ensuite selon l'usage, au temps marqué, la bénédiction sacerdotale que devront accompagner des prières et des offrandes. Après quoi, escortée de ses compagnes, comme le veut la coutume, elle sera remise, au moment convenable, par ses parents à son époux. Celui-ci la recevra solennellement. Tous deux consacreront alors deux ou trois jours à la prière et garderont pendant ce temps la continence »[2]. Les lettres d'Hincmar et de

[1] *Vita S. Berthæ apud* D. BOUQUET, III, p. 622.
[2] *Ben. Lev.*, III, 463 : « *Aliter legitimum non fit conjugium* ».

Nicolas I[er] dont j'ai parlé plus haut révèlent des usages identiques[1].

La demande en mariage adressée aux parents ou aux grands parents ; les présents qu'ils reçoivent et qu'ils offrent ; les cérémonies symboliques des fiançailles[2], accomplies au foyer domestique et même, primitivement, au mâl[3]; l'échange des arrhes; la constitution de dot, les noces, la bénédiction nuptiale; la tradition solennelle de l'épousée ; la présence de nombreux membres des deux familles, non seulement pour servir de témoins, mais encore pour consentir au mariage et régler les conventions qui l'accompagnent, tout cela se retrouve constamment, du VI[e] au XI[e] siècle, et des confins de l'Italie à ceux de la Bretagne, dans les lois, les chartes, les formules romaines ou barbares et dans les canons des conciles[4].

Les fiançailles, ainsi solennellement conclues, étaient à peu près irrévocables. Les conceptions des Barbares et celles de l'Eglise sur le mariage se rencontraient encore pour amener ce résultat. L'Eglise tendait à faire prévaloir partout la notion du mariage par le seul consentement des parties : or ce consentement est échangé dans les fiançailles.

Les Barbares considéraient ce contrat comme un préliminaire indispensable à la validité de l'union. Pour eux, comme le dit M. Paul Viollet, « il était au mariage ce que, en droit romain, la vente est à la transmission de la propriété[5] ». Il n'est donc pas surprenant que nous voyions l'Église et les législateurs barbares se trouver d'accord avant toute entente pour imposer, sous diverses peines, aux parents et aux fiancés

[1] Cf. ci-dessus, p. 247, n. 1.

[2] Sur ces symboles et ceux des noces : armes, festuca, soulier, anneau, baiser, voyez GRIMM, p. 155, 178, 431. La tradition de l'épousée : « *per baculum* » est mentionnée dans le diplôme italien, cité ci-après, n. 4. Sur le sou et le denier, voyez ci-après, p. 255, 256.

[3] Cf. GRIMM, p. 433.

[4] Voyez : PAPIAN. (*lex Rom. Burg.*), 27, 3 et 37, 1 ; — GREG., TUR., IV, 67, et IX, 32 ; — *Vita S. Austrebertæ ap.* D. BOUQUET, III, 459 ; — ROZIÈRE, n[os] 219, à 240, 257, 258 et t. III, addit. p. 329 (Colmar, a° 887) ; — THÉVENIN, n° 135, p. 198 (Italie, a° 966) et pour le XI[e] siècle, n° 48, p. 56 ; — *Coron. Judit.*, a° 856, ap. KRAUSE, n° 296, p. 425 ; — V. aussi un texte très intéressant dans les *Leges Edmundi*, 8-15, ap. HOUARD, *Coutumes*, I, p. 131 (X[e] siècle).

[5] VIOLLET, *Droit privé*, p. 418.

le respect de leurs engagements. « Si les parents ont violé la foi jurée des fiançailles, qu'ils soient privés de la communion pendant trois ans », disait en 306 le concile d'Elvire. L'écho de cette parole semble retentir partout à l'époque franque.

Les lois germaniques ne se bornent pas, comme la loi romaine des Burgondes, à condamner le fiancé infidèle à perdre les arrhes et à restituer les présents[1]. Celles des Wisigoths mêmes déclarent que les fiançailles ne peuvent se rompre, si ce n'est du consentement des deux parties[2]. Nous avons vu qu'elles ôtent aux parents la faculté de faire grâce à leur fille, lorsqu'elle s'est fait enlever, et de ratifier son union avec le ravisseur[3]. L'interprète de la compilation romaine d'Alaric se montre lui-même imbu des idées qui dictèrent ces lois, lorsqu'il étend à toutes les fiançailles les dispositions de Constantin relatives à celles des soldats. Il est manifeste que, dans sa pensée, ces dispositions ont pour but de délier la fiancée et ses parents de leur promesse au bout de deux années d'attente. Il n'aperçoit pas qu'elles tendaient seulement, dans la pensée de leur auteur, à conférer un privilége aux militaires en imposant cette attente aux parents de leurs fiancées[4]. Ce délai de deux années passa de la loi romaine des Wisigoths dans l'édit de Rotharis. Si le fiancé refuse, à son expiration, de célébrer les noces, les parents peuvent exiger de lui le prix convenu et donner malgré cela leur fille à un autre[5]. Rien de pareil ne se trouve dans les autres lois germaniques. Toutes, comme les lois lombardes et wisigothiques, portent des pénalités sévères contre le dédit. La composition à payer par l'infidèle atteint soixante-deux sous d'or et demi, sous la loi salique[6]. Chez les Alamans, le fiancé doit en s'acquittant, jurer que, s'il refuse de tenir sa promesse, c'est sous l'empire d'un autre amour et non pour avoir trouvé quelque défaut dans la jeune fille[7]. Nous avons vu d'autre part que la

[1] *Papian.* (*Lex Rom. Burg.*), 27, 3.
[2] *Wisig.*, III, 1, 3.
[3] Ci-dessus, p. 231, texte et n. 1.
[4] C. Th., III, 5, 4, interp.; — Cpr. *Wisig.*, III, 1, 4, ci-après, p. 257.
[5] *Roth.*, 178. Le prix payé par le fiancé infidèle appartient à la fille.
[6] *Sal. Emend.*, 70. Cette disposition est relativement récente; elle ne figure que dans les deux derniers textes de Pardessus et dans celui d'Hérold.
[7] *Alam. Hloth.*, 53, reproduit dans la loi des Bavarois, VIII, 15.

peine du rapt est plus grave quand la victime est fiancée. Lorsque les parents de celle-ci s'accordent en pareil cas avec le ravisseur et le prennent pour gendre, ils doivent payer au premier fiancé, chez les Lombards, le double du prix qu'ils avaient stipulé, chez les Wisigoths, le quadruple. Si la fille a consenti au rapt, les lois de Liutprand la déshéritent[1]. Au IXe siècle, Benedictus Levita ne fait guère que formuler la pensée maîtresse de toutes ces dispositions, lorsque, copiant d'ailleurs un pénitentiel du VIIe siècle, il écrit dans son recueil qu'il n'est pas permis aux parents, s'ils ont fiancé leur fille, de la donner à un autre homme. Elle peut seulement, ajoute-t-il, embrasser la vie religieuse[2]. Ce n'est pas autrement que les évêques assemblés à Meaux en 845 interprètent les canons des anciens conciles. Pour eux il n'y a jamais eu de différence essentielle entre le ravisseur de la fiancée d'autrui et celui qui la reçoit de ses parents. « *De his qui sponsas alienas rapiunt, vel consensu parentum accipiunt* », disent-ils, « *antiqua et synodalis sententia observetur* »[3].

Il n'est donc pas possible, en présence des textes que nous venons d'étudier, d'adopter sans restriction l'opinion de Pardessus, qui considère le dédit des fiançailles comme licite à l'époque franque, moyennant indemnité lorsqu'il émane du jeune homme, et sans indemnité lorsqu'il émane de la jeune fille[4]. Non, le dédit n'est pas licite. Ce n'est pas une indemnité que l'on impose à l'infidèle, c'est une peine. Elle est même égale, chez les Saliens, à celle du rapt. L'interdiction ne s'adresse pas seulement au fiancé, mais à la fiancée et à sa famille. Les parents ne peuvent défaire les nœuds qu'ils ont une fois formés ou resserrés. Telle est la loi; telle aussi la coutume. Nous en trouvons encore la preuve en Italie à la fin du dixième siècle. Dans certains diplômes, le père de la fiancée s'engage à payer, le cas échéant, un dédit de 50 sous d'or au

[1] *Roth.*, 191; *Wisig.*, III, III, 3; *Liutpr.*, 119.

[2] *Ben. Lev.*, II, 92; — *Théodor. can. Greg.*, 86, dans Esmein, *Mariage*, I, p. 155, n. 1. Voyez aussi l'autre texte cité au même endroit.

[3] Conc. Meld. — Paris. c. 68 (Krause, p. 414).

[4] Pardessus, *Diss.*, XIII, p. 667.

fiancé, réserve faite expressément en faveur de celui-ci du droit de forcer en outre le père à lui donner sa fille en mariage. Dans d'autres actes, le fiancé s'engage à payer le même dédit s'il se rétracte et il reconnaît au père le droit de le contraindre quand même à épouser sa fille[1].

Si sacrée que soit la promesse des fiançailles, ce n'est cependant pas elle qui constitue le mariage. Elle engendre seulement, pour les futurs époux, l'obligation de le contracter, pour leurs parents, celle de n'y pas mettre obstacle. Elle scelle les conventions matrimoniales. C'est avant qu'elle s'échange, en effet, que ces conventions se fixent. On détermine alors quels dons on se fera de part et d'autre, et le prix nuptial que paiera le fiancé. Ce prix appartenait aux parents de la jeune fille à raison de leur *mundium*, comme leur appartenait son wehrgeld si elle était assassinée. Quelquefois ils le partageaient avec elle ou le lui abandonnaient tout entier. Ces coutumes, probablement récentes, marquent bien l'effacement progressif des anciennes notions qui attribuaient à la famille un droit de quasi-propriété sur ses membres. Ce n'est plus, au moment des invasions, une véritable vente que font les parents, ou, du moins, cette vente n'a plus leur fille pour objet ; mais le temps n'est pas encore très loin où il en était autrement, le langage de l'époque en fournit la preuve. Les codes barbares, même celui des Wisigoths, usent de termes qui, pris à la lettre, impliqueraient formellement vente et achat de la femme[2]. On ne trouve pas, il est vrai, dans la loi salique, de texte analogue à ceux des autres lois. Elle ne parle que du mariage des veuves et de la somme dite *reipus*, due par le second mari aux héritiers du premier. Mais nous savons par les formules que les coutumes des Saliens prescrivaient au prétendant de payer un sou et un denier au

[1] Thévenin, n° 135, p. 198 (Cod. Cav., II, 31, a° 966) ; — Heusler, t. II, p. 283, n. 16 (Cod. Cav., I, 163).

[2] *Wisig.*, III, III, 3 : « *Pretium filiæ suæ* » ; Adde : III, I, 2 et III, IV, 2 et 7 ; — *Burg.*, XXXIV, 2 : « *pro pretio ipsius...* » ; Adde : XLII, 2 ; — *Sax.*, 43 : « *Pecuniam emptionis ejus* » ; 49 et 65 : « *Uxorem emere, feminam vendere* » ; — *Alam. Lantfrid.*, XCVII, 4 : « *Si quis alterius empta puella* » ; — *Ina*, 31, ap. Houard, I, p. 66 : « *Si feminam mercetur et pretium non proveniat* » : — Cf. Gide-Esmein, p. 205, n. 3 et 4 ; — Grimm, p. 421, 422.

moment des fiançailles[1]. Ce sont là, sans nul doute, les arrhes du prix nuptial. Leur taux, que les parties devaient fixer autrefois, est maintenant fixé par l'usage. Ce qui n'était jadis qu'une avance sur les sommes promises au contrat, est devenu un symbole, une des formes du contrat lui-même[2]. Sept cents ans après Clovis, d'ailleurs, on dit encore qu'un père achète une femme à son fils[3]. C'est aussi à peu près l'expression que le concile de Tribur employait en 895, en parlant précisément du mariage d'un Franc avec une étrangère : « *Quicumque alienigenam, hoc est alienæ gentis feminam, verbi gratia Francus mulierem Baioaricam,... legitime vel sua vel mulieris lege acquisitam, in conjugio duxerit, tenanda erit*[4] ».

Le contrat ainsi conclu au moment des fiançailles, s'exécute du côté de la jeune fille le jour des noces. C'est alors que s'accomplit le mariage par la remise de la femme à son mari au milieu de cérémonies solennelles. Alors seulement, les conventions arrêtées auparavant sont parfaites et produisent tout leur effet[5]. Jusque-là le fiancé ne peut aucunement s'en prévaloir. Si sa fiancée meurt, on lui remboursera seulement les sommes qu'il a versées. Le *mundium* et tous les droits qui en découlent ne lui appartiendront que du jour où celui qui les possède les lui aura transmis en lui faisant, selon les rites, la tradition de l'épousée[6].

Rien de tout cela, je l'ai déjà fait remarquer, n'exclut le consentement de la femme. Sous l'influence de l'Église, il commence, à l'époque franque, à faire son apparition dans les lois. Celles-ci présentent un curieux mélange de dispositions inspirées par les deux principes opposés de la liberté du mariage et de l'autorité absolue du père. Le droit se fixe par une transaction entre l'un et l'autre ; mais cette transaction dénote

[1] Rozière, n° 228 et s. Mêmes usages chez les Burgondes, puisque sainte Clotilde fut fiancée à Clovis « *per solidum et denarium* ».
[2] Cf. Heusler, t. II, p. 282, 283.
[3] Cf. Viollet, *Droit privé*, p. 403, texte et n. 7.
[4] Conc. Tribur., c. 39 (Krause, p. 235).
[5] Rozière, n° 228 et s. et ci-dessus, p. 252, n. 2.
[6] *Roth.*, 216, 183 : « ... *sine traditione nullam rerum dicimus subsistere firmitatem* ».

la force toujours croissante du premier : ce n'est guère qu'une transition entre son antique infériorité et sa future prépondérance. C'est ainsi que les pénitentiels des VII[e] et VIII[e] siècles affirment à la fois la nécessité du consentement de la fille, si elle est nubile, et le droit de son père de la fiancer sans son aveu, si elle ne l'est pas[1]. La loi des Wisigoths interdit à la fille d'aller contre la volonté de ses parents. Elle doit épouser le fiancé choisi par son père : ni sa mère, ni ses frères, même quand le père est mort avant la célébration du mariage, ne peuvent la soustraire à l'accomplissement de ce devoir. Le pouvoir paternel, cependant, ne va pas jusqu'à la fiancer plus de deux ans à l'avance. Il faut qu'elle y consente si elle est majeure et si elle ne l'est pas que la famille approuve la décision du père. La même règle s'applique au mariage des fils[2]. Chez les Lombards, le mundoald qui marie la jeune fille malgré elle perd le *mundium*. Il en est de même de celui qui la fiance ou la marie avant sa douzième année, c'est-à-dire avant l'âge où elle pourra valablement y consentir[3]. A cette règle toutefois une exception est faite : « Le père et le frère, lisons-nous dans la loi de Luitprand, auront pouvoir de donner ou de fiancer la fille quel que soit son âge et à qui bon leur semblera. Si nous leur avons accordé cette faculté, d'ailleurs, c'est que nous les avons cru incapables de donner leur fille ou leur sœur à qui que ce soit contre la raison ou par de mauvais motifs[4] ». Lorsqu'il s'agit d'une veuve, il semble bien que son consentement soit dans tous les cas nécessaire[5]. Les mêmes lois interdisent les fiançailles lorsque l'enfant mineur de douze ans n'a plus ni son père, ni son aïeul ; mais ces derniers, tant qu'ils vivent, peuvent prendre les engagements qu'elles comportent,

[1] Voyez les textes cités dans ESMEIN, *Mariage*, I, p. 154, n. 3. L'engagement des parents ne lie d'ailleurs pas la fille (V. les textes cités *ibid.*, p. 155, n. 1).

[2] *Wisig.*, III, I, 2 et 4. Cette dernière disposition est plus récente que la première. Le délai de deux ans a sans nul doute une origine romaine (Cf. ci-dessus, p. 253).

[3] *Roth.*, 195 ; — *Liutpr.*, 12, 120.

[4] *Liutpr.*, 12 ; — adde : *Roth.*, 195 : « *excepto patre et fratre* ».

[5] *Roth.*, 182 : « *Parentes ejus (viduæ) potestatem habeant eam dandi ad alium maritum ubi* ET IPSI ET ILLA *voluerint* ».

bien qu'il ne soit pas en âge d'y donner son consentement[1]. Chez les Francs, la fille d'un premier lit ne peut être mariée par son beau-père, à peine de nullité, si elle n'y consent ainsi que sa mère et ses parents paternels. Ces derniers, si le beau-père passe outre à leur opposition, peuvent donner un autre mari à leur parente. Elle-même peut s'en choisir un et quitter, pour l'épouser, celui qu'elle a été contrainte de prendre[2]. Les formules ne donnent pas à penser qu'on se passât en pratique du consentement de la fiancée ; elles le mentionnent même parfois expressément[3]. Au IX[e] siècle cependant, Benedictus Levita, tout en posant, à propos des veuves, ce principe général : « *mulier invita virum non ducat* », laisse deviner le rôle effacé de la fille dans son propre mariage. Il affirme bien la nécessité de son consentement, mais c'est en déclarant qu'on doit le demander à son père. « *Requirendum est a patre voluntas virginum* ». Cette jolie trouvaille dit assez combien souveraine était encore l'autorité paternelle[4].

En somme, pourvu que le père respectât ses engagements antérieurs et certaines interdictions canoniques, comme celle de choisir pour gendre un hérétique ou un Juif[5], il pouvait donner sa fille en mariage sans trop se mettre en peine de ce qu'elle en pensait. La loi et la coutume étaient beaucoup plus larges en ce qui concerne le mariage des fils. Mais on a pu constater qu'elles n'appliquent à ces derniers, lorsqu'elles en parlent, aucun principe spécial. Plusieurs des textes que nous avons eu à considérer ne distinguent pas entre le fils et la fille[6]. Il paraît certain, si

[1] *Liutpr.*, 12, 112, 129.

[2] *Décret. Compend.*, a° 757, c. 6 (Boretius, p. 38).

[3] Rozière, n°s 219 et s. ; 220 : « *Ego te, illa, una cum consensu parentum, vel amicorum nostrorum, tua spontanea voluntate sponsavi* ». Remarquez que les formules de composition sur le rapt mentionnent ordinairement la volonté favorable ou contraire de la jeune fille, à côté du défaut de consentement paternel.

[4] *Ben. Lev.*, III, 470 et 455. Cpr. avec le capitulaire de Kiersy dans lequel, en 877, Charles-le-Chauve stipule que ses filles ne pourront pas être mariées malgré elles (*Cap. Carisiac.*, c. 6 ; — Krause, p. 357).

[5] Conc. Agat., a° 506, c. 67 ; — Conc. Arvern., a° 532, c. 6. Ces interdictions s'appliquent au mariage des fils (Labbe, IV, col. 1394 et 1804).

[6] Cf. *Sal.*, 70 : « *Præsentibus suis et puellæ parentibus* ».

l'on en juge d'après les formules, que l'usage, sinon la loi, attribuait dans le mariage aux parents de l'un et de l'autre des rôles à peu près pareils. Les différences que l'on peut relever par ailleurs tiennent moins à l'indépendance plus grande du fils qu'à la gravité particulière du mariage des filles, à raison de son caractère émancipateur.

CHAPITRE II

POUVOIR DU PÈRE SUR LES BIENS

Ici, comme au chapitre précédent, nous ne considérerons l'autorité paternelle qu'en elle-même. C'est seulement lorsque nous étudierons son caractère général que nous l'envisagerons dans ses rapports avec la société qu'elle régit. Je n'entreprends donc pas de retracer, dans ces pages, l'histoire complète du régime des biens dans la famille, à l'époque franque.

Je suppose le père vivant et en possession de ses droits.

Il a des fils et des filles sous sa puissance. Quelle est leur capacité ? En quoi se modifie-t-elle à mesure qu'ils croissent en âge, tant qu'ils restent soumis à cette puissance ?

Il a des biens. Peut-il en disposer à sa guise, les vendre, les donner comme il lui plaît, à qui bon lui semble ? N'y a-t-il pas des lois, des coutumes qui assignent des limites à son pouvoir, ou l'obligent, en certains cas, à en faire usage en vertu de son devoir de paternité ? A-t-il le droit, notamment, d'enlever à ses enfants, pour le temps où il aura cessé de vivre, tout ou partie de son patrimoine ? Peut-il en opérer d'avance le partage entre eux ?

Telles sont les questions qui se posent à nous et dont je vais essayer de donner la réponse. C'est là, du reste, une tâche que les détails donnés dans la première partie de cet ouvrage rendront plus courte et plus facile.

I

Capacité de l'enfant soumis à l'autorité paternelle. — Majorité.

La capacité des enfants de famille qui vivent selon la loi romaine reste déterminée, à l'époque franque, par les règles

que j'ai fait connaître. Chez les barbares aussi, les principes fondamentaux, en cette matière, sont ceux que j'ai exposés. Leur droit, cependant, progresse. Il évolue; et son évolution se ressent de l'influence des idées chrétiennes et des tendances même de la législation de Rome vers une extension toujours plus grande de cette capacité. Comme jadis celle du droit romain, cette évolution a pour point de départ le communisme familial, que les barbares pratiquent comme autrefois, quoique d'une façon moins stricte et moins complète ; mais au lieu de tendre à réunir tous les droits collectifs en une seule main, à les fondre en un seul droit, personnel au père, elle tend, sous cette double influence, à les répartir entre les membres de la collectivité.

Aussi, cette législation, que l'on peut encore à bien des égards appeler primitive, est-elle, en ce qui concerne la capacité de l'enfant, plus avancée que celle de Rome. Elle n'a pas à recourir comme cette dernière à des dispositions exceptionnelles pour constituer un patrimoine au fils de famille sous les apparences de trois pécules. Elle admet, sans difficulté, qu'il peut acquérir des biens, et les acquérir pour lui-même, sauf à la communauté familiale, lorsqu'elle le nourrit et l'entretient, à réclamer la part qui lui en est due de ce chef.

C'est ce droit de la communauté que consacre la loi lombarde lorsqu'elle interdit au fils de donner et d'aliéner ses biens à un titre quelconque du vivant de son père. La preuve en est qu'elle lui permet d'en disposer en faveur de ses enfants légitimes ou naturels, dont les acquisitions profitent, comme les siennes, au patrimoine commun[1].

Tant que l'enfant reste membre de cette communauté et soumis à l'autorité de son chef, il n'a donc sur ses biens qu'un droit de jouissance et de disposition assez restreint. Leur administration est confiée au père. Celui-ci la garde même, chez les Wisigoths, sur la dot fournie par son gendre : c'est lui qui doit en assurer la conservation. Il peut encore la réclamer après le mariage, bien que sa puissance ait alors pris fin, et le paiement fait à sa fille ne lui serait pas opposable[2].

[1] *Roth.*, 170.
[2] *Wisig.*, III, I, 6.

Comme chez les Romains, l'âge de l'enfant en puissance de père n'a que peu d'influence sur sa capacité, en ce qui concerne les droits d'acquisition, d'administration, de disposition et de jouissance[1]; mais il la modifie notablement en tout le reste. C'est l'âge, en effet, qui a remplacé partout, à l'époque franque, les preuves que l'enfant devait autrefois donner de sa capacité effective pour être déclaré majeur. Les anciennes règles cependant vivent toujours dans les idées et dans les coutumes. « Il serait indigne, écrivait Théodoric Le Grand, que nos jeunes gens, servant dans nos armées, fussent néanmoins réputés d'un âge trop faible pour régir leurs biens et régler la conduite de leur vie. C'est la valeur qui fait la majorité chez les Goths[2] ». Cette maxime est encore vraie en grande partie. Aussi bien, est-ce en s'y conformant que l'on fixe l'âge de majorité. Plus la civilisation se développe, plus la formation de l'homme dans l'enfant est difficile et lente, et plus aussi cet âge est élevé. Il existe à cet égard de remarquables différences entre les premiers et les derniers venus des envahisseurs, entre les peuples établis au Sud et ceux qui restèrent au Nord, entre les temps voisins du Moyen-Age et l'époque des invasions. Les Anglo-Saxons, à la fin du VIIe siècle, ont une majorité plus précoce que celle des Francs au Ve : elle est de dix ans. C'était, semble-t-il, la majorité primitive. Deux siècles plus tard, les lois et les coutumes la portent à douze ans[3].

C'est l'âge fixé par la loi salique et les capitulaires. L'enfant qui l'a dépassé devient responsable de ses délits : il doit l'amende et non plus seulement la réparation du dommage. Il peut être actionné en justice[4]. Il prend, si son père est veuf et remarié, la jouissance et l'administration de la dot maternelle[5].

[1] L'influence de l'âge en ce qui concerne ces divers droits n'est cependant pas toujours nulle (Voyez : *Lex Sal.*, *cap. extrav.* VIII; ci-dessus, p. 109 et ci-après, ch. III).

[2] Théodoric, ap. CASSIODORE, I, 38 (cité dans GUYOT, v° *Garde noble*, p. 53, col. 1).

[3] *Leg. Loth. et Edric*, 6; — *Ina*, 7; — *Aethelstan*, I, 1 (HOUARD, t. I, p. 40, 59, 113).

[4] *Sal.*, 26, 9; — *Cap. leg. Sal. add.*, a[1] 819, c. 5 (BORETIUS, n° 142, p. 293); — Cf. *Sal.*, 75, 2 pour les filles.

[5] *Sal. cap. extrav.*, VIII; — Cf. ci-dessus, note 1.

Il doit prêter serment de fidélité à l'empereur, ce qui suppose capacité politique avec obligation de service militaire[1].

Nous verrons cette majorité de douze ans disparaître de notre droit coutumier. Chez les Lombards, l'édit de Rotharis l'admettait encore; la loi de Liutprand ne l'admet plus : elle recule la majorité à dix-huit ans[2]. Dès le VIe siècle, les Burgondes ont fixé à quinze ans l'âge légitime : les contrats passés auparavant par le mineur ne sont pas nuls, mais ils demeurent révocables pendant quinze autres années[3]. C'est à quinze ans seulement, chez les Ripuaires, que l'on devient capable d'ester en justice[4]. La loi des Wisigoths est remarquable entre toutes. L'antique majorité de dix ans y subsiste encore en un cas spécial : l'enfant qui l'a atteinte peut faire son testament, s'il est dangereusement malade[5]. La majorité de douze ans y a laissé des traces analogues à celles qui nous permettent de retrouver celle de dix ans dans la loi salique[6] : c'est à douze ans que l'éducation du fils cesse d'être à peu près exclusivement confiée à la mère[7]. La minorité finit à quinze ans[8] ; mais on peut déjà prévoir que ce terme reculera encore. C'est à vingt ans seulement que l'homme a son plus haut wehrgeld, et que les enfants peuvent obliger leur père, veuf et usufruitier de leurs biens, à renoncer en leur faveur à la moitié ou à la totalité de son usufruit[9].

Doit-on attribuer un caractère émancipateur à ces majorités diverses ? C'est une question que nous avons déjà résolue négativement et l'on peut trouver, dans les données qui précèdent, des indications qui confirment notre réponse[10]. Je n'entrerai pas non plus dans le détail des controverses engagées au

[1] *Capit. miss. gen.*, a[i] 808, c. 2 (BORETIUS, p. 92) ; — Cf. *Capit. miss.*, a[i] 792, c. 4 (BORETIUS, p. 67) et VIOLLET, *Droit public*, t. I, p. 437.
[2] *Roth.*, 155 ; — *Liutpr.*, 19 ; — Cf. *Liutpr.*, 117.
[3] *Burg.*, 87.
[4] *Rip.*, 81.
[5] *Wisig.*, IV, III, 4.
[6] Cf. ci-dessus, p. 108, n. 5.
[7] *Wisig.*, X, I, 17.
[8] *Wisig.*, IV, III, 1.
[9] *Wisig.*, IV, II, 13 ; — GRIMM, p. 416.
[10] Cf. ci-après, ch. III, I.

sujet de la majorité royale. Qu'elle fût fixée à la même époque que la majorité de droit commun ou à une époque plus tardive, c'est un point de peu d'intérêt pour nous. Je me bornerai donc à renvoyer aux observations de Pardessus à ce sujet[1] pour aborder maintenant l'étude des droits du père sur ses propres biens et sur le patrimoine dont il est, comme chef de la famille, le dépositaire et le maître.

II

Droits du père sur le patrimoine.

1. *Actes de disposition entre vifs.*

Une distinction capitale domine tout le sujet dont nous abordons l'étude. Elle fut faite de bonne heure chez les barbares, probablement même avant les invasions, car leurs langues ont des termes spéciaux pour l'exprimer. « Elles distinguent toutes, dit Ozanam, la terre patrimoniale des acquêts qui s'y sont ajoutés[2] ». La terre patrimoniale n'appartient au père que comme au chef de la famille ; les acquêts sont sa propriété personnelle. La terre patrimoniale n'est pas, à l'origine, une terre transmise de père en fils, un bien venu des ancêtres et qui doit passer aux descendants. C'est la terre attribuée à la famille par le sort après la conquête[3], le sol sur lequel elle établira son foyer jusqu'à ce que la tribu, chassée par d'autres ou attirée vers de meilleurs climats, aille conquérir un autre domaine. Cet événement, assez fréquent avant les grandes invasions du ve siècle, ne se produit plus ensuite, du moins parmi les peuples établis sur les ruines de l'empire romain. La

[1] PARDESSUS, *Loi sal.*, Diss., III, p. 452 et s. ; *Diplomata*, *Proleg.*, t. I, p. 200, texte et n. 1 ; — Cf. GLASSON, *France*, III, p. 38, 41, 42 ; — VIOLLET, *Droit public*, I, p. 227.

[2] OZANAM, *Ét. Germ.*, I, p. 188.

[3] Ce mot désigne ici dans ma pensée toute occupation de terre par les Barbares, qu'elle ait eu lieu à main armée ou sans violence sur des terres abandonnées, ou par suite de traités et de concessions.

terre patrimoniale, dès lors, va devenir héréditaire. La loi des Burgondes la désigne encore sous le nom de « *sors, terra titulo sortis acquisita*[1] ». La loi Ripuaire l'appelle « *hereditas aviatica*[2] ». Les Saliens la nomment terre salique, « *terra salica* », quelquefois et plus anciennement « *terra* » tout court[3] : souvenir du temps où la terre conquise et partagée par le sort entre les conquérants, était aussi la seule qu'ils possédassent. Dans leurs formules, ils se servent de l'expression « *terra paterna*[4] ». L'ensemble du patrimoine héréditaire, champs, esclaves, maisons et objets mobiliers est appelé chez eux : « *alodis, alodis paterna, alodis parentum, portio paterna, quod ex alode, ex successione parentum advenit* ». On lui appose les acquêts, sous le nom de « *comparatum* », terme que les rédacteurs de formules remplacent ou expliquent très souvent par cette périphrase : « *quod ex meum contractum mihi obvenit*[5] ».

Ces deux sortes de biens n'étaient pas soumises aux mêmes règles. On sent, à la lecture des formules, que le père, en disposant du patrimoine par son testament ou par une donation équivalente, fait usage d'un droit nouveau, plus contestable pour les propres que pour les autres biens. Il ne manque pas de spécifier que la disposition s'applique à tout ce qu'il possède, « *tam de alode paterna, quam de comparatum* », et non pas seulement à ses acquêts personnels, comme on pourrait, semble-t-il, le croire. Nous savons, en effet, par ailleurs, que l'aliénation des propres ne lui était pas permise en principe. Chez les Burgondes, il n'en est propriétaire que pour sa part virile : il ne peut disposer que de cette part, et encore faut-il qu'elle ait cessé d'être indivise. La loi des Bavarois reproduit cette décision[6]. L'édit de Rotharis interdit les donations de nature à

[1] *Burg.*, I, 1; — Cf. Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches*, p. 306 et s. *Sors* a aussi le sens de terre patrimoniale dans la vieille langue latine : « *Sors patrimonium significat* », dit Festus (v° *Sors*).

[2] *Rip.*, 56, 4.

[3] *Sal.*, *emend.*, 62, 6 : 1er texte de Pardessus, 59, 5.

[4] Rozière, n° 136.

[5] *Sal.*, 62 (59); — Cf. Pardessu, p. 692 et s.; — Rozière, n°s 130, 135, 136, 137 et *passim*.

[6] *Burg.*, 24, 5; — Cf. *Burg.*, I, 1; — *Bajuv.* I, 1.

frustrer les enfants des biens que la loi leur attribue[1]. Le droit saxon, défend, en principe, toute aliénation de l' « *hereditas* ». La nécessité seule la rend possible, et l'aliénateur doit offrir en premier lieu ses biens à son plus proche parent[2]. « D'après la plupart des sources, écrit F. von Schulte, les possesseurs étaient liés par la coutume en faveur de leurs successeurs »[3]. C'est de cette conception primordiale que sortit au moyen-âge le droit de retrait lignager. C'est elle qui donne naissance à la coutume, universellement répandue à l'époque franque, de ne rien aliéner sans le consentement des héritiers présomptifs du bien qu'on aliène. Les lois que je viens de citer rendaient, au moins implicitement, ce consentement nécessaire pour que l'aliénation fût valable. L'usage suppléait au silence des autres, ainsi que nous le prouvent les formules et les diplômes. Ici, c'est un maître qui affranchit des esclaves en ayant soin de spécifier que son fils lui-même ne pourra pas critiquer l'affranchissement : « *Hæc omnia (mancipia)... libertati condo, ut absque ullius, et jam filii mei, contradictione sibi vivant* »[4]. Là, c'est un père et une mère qui font une vente, et la copie de l'acte mentionne, à la suite de leur signature, celle de leur fils en le qualifiant de vendeur : « *Signum Milonis, venditoris, filio ipsorum* »[5]. Ailleurs, ce sont des femmes veuves, devenues moniales, qui donnent quelque propriété à leur monastère avec l'approbation expresse de leur fils ou de leur petit-fils[6]. « Le vénérable Arnoul avait deux fils, lisons-nous dans la chronique épiscopale messine de Paul Warnefried. Or, comme il était plein de charité et toujours occupé de bonnes œuvres, il entreprit de persuader à ses fils qu'ils lui donnassent leur assentiment pour distribuer tous ses biens aux pauvres. L'aîné, Chrodulf, déclara qu'il ne pouvait en aucune façon le faire et

[1] *Roth.*, 168 ; — Cf. ci-après, p. 275.

[2] *Sax.*, 62, 64.

[3] SCHULTE, p. 529.

[4] ROZIÈRE, n° 94. Remarquer l'expression : « *et jam filii mihi* ». Il y a là autre chose qu'une clause de style.

[5] Cartul. de Wissembourg, a° 695, dans *Diplomata*, II, p. 426, add., n° 7.

[6] *Diplomata*, II, p. 299, n° 401, a° 715 : « *Signum Farlagonis, nepotis ejus, qui consentit* » ; — *Bibl. Chart.*, II (1840-41), p. 416, a° 794 : « *Blitrico filio suo consenciente* ». Il y a des milliers de chartres semblables (VIOLLET, *Droit privé*, p. 495, 819).

abandonner ainsi la part qui lui était due ; mais le plus jeune, Ansegise, espérant recevoir de la miséricorde du Christ des richesses encore plus grandes, promit de se prêter de bon cœur à tout ce que son père voudrait »[1]. De même en 877, à Kiersy, Charles le Chauve prit soin de faire confirmer par son fils les donations qu'il avait faites à sa femme Richilde[2].

On n'en saurait donc douter, le fils pouvait critiquer les aliénations de propres faites par son père lorsqu'il n'y avait pas concouru. Nous verrons, en étudiant le régime général du patrimoine, quel était le fondement de ce droit. Il eût été surprenant que les lois barbares l'admissent et n'admissent pas la révocation des donations entre vifs par survenance d'enfant. Aussi cette révocation a t-elle lieu chez les Wisigoths et chez les Lombards. Le code des Alamans renferme une disposition contraire, mais seulement pour la survenance d'un posthume, et rien n'autorise à la généraliser. Il est probable, d'ailleurs, que les Wisigoths et les Lombards s'étaient inspirés en ce point, des lois romaines[3].

L'influence de ces lois, cependant, s'exerce en général, dans un tout autre sens. Elle tend à augmenter le droit de disposition du père et non à le restreindre. C'est la loi romaine qui est invoquée le plus souvent dans les formules de donation pour justifier l'acte du donateur[4]. C'est à elle, semble-t-il, qu'il faut attribuer l'introduction dans le droit barbare de la notion même de la véritable donation : définitive, irrévocable, unilatérale, préciputaire lorsqu'elle est faite à un héritier. Il est très certain, en effet, que les Germains ne concevaient rien de semblable à l'origine. Pour eux, le don n'était guère qu'un prêt gratuit. Il ne passait pas aux héritiers du donataire ; il pouvait être repris par le donateur, à moins que celui-ci n'eût reçu lui même un don en échange. Fait à un héritier, il ne

[1] WARNEFRIED, *Gest. épisc. Mett.*, cité par LEHUÉROU, p. 57, n. 8.
[2] *Capit. Carisiac*, 5 (KRAUSE, n° 281, p. 357).
[3] *Wisig.*, IV, II, 19 ; — *Roth.*, 171 ; — *Alam. Hloth.*, II, 2 et 3 ; — Cpr. C. Th., VIII, 13, 3.
[4] ROZIÈRE, n° 166 et s. ; Cf. 245 et s. ; — *Audegar*, 36, 57 (GIRAUD, II, p. 448, 458).

constituait toujours qu'un avancement d'hoirie[1]. Ces idées se modifient à l'époque franque. Le père peut avantager un de ses enfants par donation : on lui accorde à cet effet une quotité disponible[2] ; on déclare même, d'office, préciputaires les présents qu'il fait à sa fille en la mariant ou à son fils « *ad capitallorias*[3] ». Il use volontiers de ses nouveaux droits. C'est alors à la loi romaine qu'il se réfère, ou du moins à ses principes sur la liberté des donations et des testaments, deux actes encore assez peu distincts dans l'esprit des barbares[4].

La nécessité de la dot pour le mariage, paraît dériver de la même influence. Nous savons que le père pouvait, à Rome, être contraint à doter sa fille, et que Majorien avait déclaré illégitime le mariage contracté sans dot. Le Papien reproduisit cette exigence[5]. On l'appliqua, dans la suite, à la dot germanique, fournie par le mari, comme en témoignent les nombreuses formules où il s'agit de cette dot, et dans lesquelles il est fait mention de l'obligation de doter imposée par la loi romaine[6]. Benedictus Levita formula de nouveau cette obligation dans son recueil en faisant de son accomplissement une condition de la publicité du mariage. Elle passa de là dans le droit canonique[7] avec le même caractère. C'était d'ailleurs celui que la loi des Wisigoths lui avait dès longtemps attribué en la consacrant[8]. La loi ripuaire, elle aussi, quoique dans un but différent, avait déclaré la dot indispensable ; elle en avait même fixé le

[1] La révocabilité de la donation qui n'est pas bilatérale est exprimée très nettement dans le droit lombard, « mais se laisse seulement entrevoir, dit M. Viollet, dans le monde franc et dans la législation wisigothique » (VIOLLET, *Droit privé*, p. 635, 636, texte et n. 2).

[2] *Rip.*, 59, 9 ; — *Liutpr.*, 102, 113 ; Cf. ci-après, § 2.

[3] *Sal. Capit. Extrav.*, 14. Ce texte est de Childebert Ier (PERTZ, *Capit.*, II, p. 6).

[4] Cf. ci-dessus, p. 267, n. 4. Remarquez dans la formule Andeg. 57, la charge imposée au fils donataire de pourvoir à l'entretien du père donateur et la réserve d'un tiers pour les proches : « *ad heredis propinquis* ».

[5] *Papian*, 37, 1.

[6] ROZIÈRE, n° 130 : « *Tempora mihi oppresserunt ut cartolam libelli dotis ad ea*, SICUT LEX DECLARAT, *minime excessit facere unde filii mei*, SECUNDUM LEGE, *naturalis appelant* ». Il s'agit de la loi romaine, et c'est le mari qui écrit la charte (Adde : n° 221 ; 224 et s.).

[7] *Bened. Lev.*, II (VI), 133 ; — *Corp. jur. can.*, II, 30, 5, 6 : « *Nullum sine dote* » avec fausse attribution à un concile d'Arles (Cf. ESMEIN, *Mariage*, I, p. 186).

[8] *Wisig.*, III, 1, 9.

taux en l'absence de convention des parties[1]. Légalement, sans doute, le père demeurait libre, malgré ces textes et ces coutumes, de ne pas doter ses enfants; moralement, il y était tenu lorsque son fils ne pouvait lui-même doter sa bru ou son gendre doter sa fille. Aussi, n'est-ce pas toujours le fiancé qui joue dans les formules le rôle de constituant. Ce rôle est parfois ostensiblement tenu par le père[2], et qui pourrait affirmer que ce n'est pas lui qui dicte, en bien des cas, l'acte au nom de son fils ?

2. *Testament. — Exhérédation. — Partage.*

Libre disposition des acquêts; impossibilité de disposer des propres, au moins en partie, sans le consentement des enfants; faculté d'avantager un ou plusieurs d'entre eux sur les biens disponibles; obligation morale, s'ils n'ont aucune fortune personnelle, de leur fournir une dot pour rendre leur mariage légitime : telle est donc, en ce qui concerne les aliénations entre vifs, la situation du père de famille. Qu'est-elle en ce qui concerne les aliénations testamentaires ?

Le testament n'était, à l'origine, chez les Germains, qu'une donation entre vifs ayant quelque chose de l'adoption[3]. Ce testament primitif ne disparut pas à l'époque franque devant le testament romain. La loi salique en décrit minutieusement les formalités solennelles[4], et les autorités assemblées en 819 pour reviser cette loi, en constatent et en approuvent l'usage[5]. Elles le considèrent, d'ailleurs, comme une donation immédia-

[1] *Rip.*, 37, 1.
[2] ROZIÈRE, n° 223.
[3] Cf. ci-après, ch. IV, I, et ci-dessus, p. 121, 122; — Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 483, 862, 863. « Cet acte, dit M. Viollet, paraît essentiellement irrévocable ». En tant qu'adoption, on pourrait conjecturer qu'il l'était. Comme donation, il devait être révocable dans les mêmes formes. Or, si l'on en juge, d'après le texte de la loi salique, c'est bien plus une donation qu'une adoption. Toutefois, par cela même que l'idée d'adoption n'était pas étrangère à ce contrat, la révocation n'en pouvait sans doute avoir lieu que s'il existait contre le donataire une juste cause d'exhérédation. Il en est ainsi chez les Lombards (*Roth.*, 174).
[4] *Sal.*, 46; *emend.*, 48.
[5] *Cap. leg. add.*, a[i] 819, c. 10; — BORETIUS, n° 142, p. 293.

tement parfaite. « *De affatomie* — c'est le nom de cet acte — *dixerunt quod traditio fuisset* ». C'est ainsi d'ailleurs que l'on envisageait en général le testament, même le testament romain, chez les Francs. Une formule de Carpentras, sur laquelle j'aurai l'occasion de revenir plus loin, constate que si l'on n'a pu faire tradition de ses biens ou en disposer par *affatomie* — « *tradere aut disponere solemni consuetudine* », — on meurt *intestat*[1]. La donation et le testament sont l'un et l'autre indifféremment désignés sous le nom d'*affatimum*. Souvent, le testament est accompagné d'une tradition fictive qui rappelle l'*affatomie*[2]. Le capitulaire-loi de 803 parle comme d'une tradition véritable d'un acte qui n'est autre que le testament romain[3]. Celui de 818-819, un autre encore de la même époque, sont conçus en termes analogues[4]. Partout se manifeste la confusion qui existe dans l'esprit du barbare entre la donation et le testament. Initié à la pratique de celui-ci par des voisins vivant selon la loi romaine, ou par les clercs, auxquels il s'adresse dans son désir de se conformer à l'usage chrétien des legs pieux, il ne conçoit pas encore très bien que l'on puisse, par une simple manifestation de volonté, disposer de sa fortune pour un moment où l'on ne pourra plus en opérer matériellement la transmission[5]. De là vient la persistance de l'*affatomie* chez les Saliens et les Ripuaires, et d'une institution pareille, appelée *thinx* et *garathinx*, chez les Lombards[6]. De là encore, l'adjonction de certaines formalités germaniques à celles du testament romain. Les formules qui ne présentent pas cette adjonction paraissent émaner, en général, de gens vivant sous la loi romaine[7]. Le Franc ne croit pas l'acte valable et son effet assuré si la transmission, au

[1] Rozière, n° 121 (Carpent., 52).

[2] *Sal. Capit. extrav.*, 8; — Rozière, n° 134, 138, 168; — *Rip.*, 49; — Cf. Pardessus, *Loi salique*, p. 619.

[3] Boretius, p. 113, n° 39, c. 6 : « *Qui res suas pro anima sua ad casam Dei* tradere *voluerit*, domi traditionem faciat *coram testibus legitimis*... ».

[4] Boretius, p. 282, n° 136, c. 6; — *Capit.* 182 (ann. 814-827), p. 379, 380.

[5] Cf. Glasson, *Succession barbare*, p. 41 et s.

[6] *Rip.*, 48; — *Roth.*, 221. Le *garathinx* est à titre universel, le *thinx* à titre particulier.

[7] Rozière, n° 128 et s.

moins fictive, des biens ne s'opère immédiatement. Souvent, pour plus de sûreté, il veut une transmission réelle, voire une transmission à titre onéreux. S'il désire mettre son dernier né à l'abri des convoitises des enfants d'un autre lit, il lui fera tradition de ce qu'il lui destine, même si l'enfant est mineur. Pour que le contrat ait une autorité plus grande, « *firmius constet* », on lui donnera l'aspect d'une vente. « Je veux, dira le père, que mon fils achète de moi ces propriétés et me remette en échange un baudrier d'or garni de pierres précieuses ou un cheval de 60 sous : cet objet témoignera du présent acte entre moi et lui et ses autres frères, de telle sorte que ceux-ci ne puissent jamais le frustrer de ma succession ». La pièce signée, on en rédigera immédiatement une autre pour constater la livraison du baudrier ou du cheval. L'enfant, devenu propriétaire des biens, y déclarera les concéder à son père à titre de précaire et pour tout le temps de sa vie[1]. Quelquefois, l'aliénation est à la fois réelle et faite au profit d'un tiers, bien qu'elle dissimule un testament véritable. Telle est, par exemple, une donation faite à l'abbaye de Saint-Gall par un chevalier partant pour la guerre. Le donateur réserve à sa femme, à sa mère, à ses enfants, la jouissance des biens donnés. Il stipule, au profit de ses enfants, le droit de racheter les biens pour un seul sou d'or si, plus tard, ils se marient. S'ils meurent auparavant, les frères du donateur auront le droit de rachat moyennant une livre d'argent, pourvu qu'ils aient donné à l'orphelin tous les soins et toute l'affection désirables : dans le cas contraire, le droit de rachat passe à d'autres parents que l'acte désigne[2].

Que le testament proprement dit ne soit pas encore entré dans le droit franc à une époque assez avancée, c'est d'ailleurs ce que prouvent les nombreux diplômes et formules testamentaires qui se réfèrent à la loi romaine. Leurs termes manifestent clairement que le fondement de leur validité n'est nulle part ailleurs que dans cette loi et dans la coutume engendrée

[1] Rozière, n° 338.
[2] Rozière, n° 367.

par elle[1]. L'Église, pour des motifs que j'ai déjà fait connaître, favorisa de tout son pouvoir l'extension de cette coutume. Les conciles d'Agde en 506, d'Orléans en 541, de Reims en 630, comme au v[e] siècle ceux de Vaisons et d'Arles, fulminent l'excommunication contre les héritiers qui refusent d'exécuter les legs pieux[2]. C'est assurément sous cette influence que les lois des Burgondes, des Alamans, des Lombards et des Saxons prirent des dispositions favorables à de tels legs[3], soit en affirmant expressément leur licéité, soit en les affranchissant des règles relatives à la réserve des descendants, ainsi que nous le verrons tout à l'heure. C'est elle qui porta Clotaire II à prendre des mesures pour en assurer l'exécution[4]. Benedictus Levita, dans le même esprit, insère en sa collection des textes prononçant l'exhérédation contre l'enfant qui n'exécute pas les dernières volontés de son père[5]. On a souvent reproché à l'Église son attitude à cet égard. Elle n'aurait obéi, semble-t-il, qu'à des considérations intéressées ; elle aurait méconnu, par amour du lucre, les droits des enfants, les devoirs des pères, les intérêts de la famille et de la société. On a trop oublié qu'en parlant pour elle-même elle parlait pour ses hospices et ses écoles ; qu'il y avait en ses églises des sources toujours ouvertes de consolations et d'aumônes ; que ses monastères étaient les asiles de la science et les foyers de la civilisation. On oublie surtout de dire qu'elle fut la première à lutter contre les abus qui se produisirent dans son sein et à défendre les droits des enfants et des familles contre les entreprises de la cupidité[6].

Si l'on teste, d'ailleurs, le plus souvent, à l'époque franque parce que l'on veut racheter ses péchés par une dernière

[1] V. notamment : Rozière, n° 131 ; Andegav., 36 (Giraud, II, p. 448) ; — Pardessus, *Diplomata*, n° 257, t. II, p. 15 ; — Cf. cependant ci-après, p. 275.

[2] Conc. Agath., 4 ; — Aurel., 14, 19 ; — Rem., 10 (Labbé, IV, p. 1383 ; V, p. 384, 1691).

[3] *Burg.*, I, 1 ; — *Liutpr.*, VI, 72 ; — *Alam.*, I, 1 et 2 ; — *Sax.*, 16, 2 (Cf. Glasson, *Succession barbare*, p. 50, 51).

[4] Clot. II, *præcept.*, 10 (Boretius, n° 8, p. 19).

[5] *Ben. Lev.*, III, 326 ; Cf. II, 150 ; adde : III, 87 (Baluze, I, col. 1097, 948 et 1173).

[6] Cf. ci-après, p. 276 et ci-dessus, p. 144, 180 et s.

aumône, on ne laisse pas toutefois d'utiliser en même temps le testament pour quelque autre fin. Nous avons vu des parents s'en servir pour assurer le sort de leurs enfants. Souvent aussi on l'utilise pour déroger à la loi ou à la coutume successorale, soit en appelant les filles à partager les propres aussi bien que les acquêts avec les garçons, ou les petits enfants à concourir par représentation avec leurs oncles et leurs tantes, soit en assimilant les bâtards aux légitimes[1], soit en faisant à un descendant un avantage préciputaire[2].

L'exhérédation expresse ou tacite est quelquefois encore le but du testateur. Ce que nous savons du droit qui appartient au père d'appliquer à ses enfants les pénalités légales, voire même la peine de mort, donne à penser qu'il a le droit de les exclure de sa succession, au moins en des cas déterminés. L'exhérédation est, en effet, un châtiment prononcé par diverses lois barbares, et précisément contre les enfants qui méconnaissent l'autorité paternelle[3]. Les lois des Wisigoths et des Lombards autorisent le père à l'infliger à l'enfant coupable de faute graves[4]. Il en est de même de celle des Alamans, qui affranchit en outre de toute limite les dons et legs pieux, ouvrant ainsi la porte à l'exhérédation sans cause[5]. Celle des Saxons, qui interdit les dispositions universelles au préjudice de l'héritier hors le cas de nécessité extrême, les autorise pourvu qu'elles soient faites en faveur du roi ou de l'Église[6]. Celle

[1] Rozière, n° 130 et 137.

[2] Rozière, n° 166 et s. Ces formules sont des donations, dont plusieurs probablement testamentaires (Cf. n° 129).

[3] Cf. ci-dessus, p. 229, n. 2; 230, n. 5; 243, 244; 254.

[4] *Wisig.*, IV, v, 1; — *Roth.*, 168, 169. Ce dernier texte énumère les causes d'exhérédation : attentat ou mauvais desseins contre la vie du père; coups et blessures; adultère avec sa seconde femme.

[5] *Alam.*, I, 1 et 2. Peut-être en est-il également ainsi chez les Lombards (Cf. *Liutpr.*, VI, 72).

[6] *Sax.*, 62. On a vu dans cet article une interdiction du testament; elle ne s'y trouve pas. L'art. 61 pose en principe que toute aliénation est permise ou que toute aliénation légitime sera respectée. L'art. 62 déclare ensuite que toute aliénation portant sur l'universalité du patrimoine et faite en vue de frustrer l'héritier n'est légitime que si elle est faite au profit du roi ou de l'Eglise, ou en cas de famine, à charge d'entretenir l'aliénateur. « 61 : *Traditiones et venditiones omnes legitimæ permaneant.* — 62 : *Nulli liceat traditionem hereditatis suæ facere præter ad Ecclesiam vel regi, ut heredem suum exheredem faciat, nisi forte famis necessitate coactus ut ab illo qui hoc acceperit sustentetur...* ».

des Thuringiens formule seulement d'une manière générale le principe de la liberté de tester[1]. La loi Gombette, celle des Saliens, celle des Ripuaires, ne parlent pas de l'exhérédation.

On s'est fondé, pour assurer que les Francs ne l'admettaient pas, sur ce que l'affatomie n'est possible, chez les Ripuaires, qu'aux personnes sans enfants. Mais n'en est-il pas de même du thinx des Lombards, bien qu'ils admettent l'exhérédation pour juste cause[2] ? Que l'affatomie ne puisse avoir lieu qu'à défaut d'enfant, son caractère d'adoption l'explique. En résulte-t-il que l'exhérédation soit impossible ? Pas le moins du monde. Nous avons vu qu'au temps où l'affatomie était le seul testament connu des barbares, le père avait probablement d'autres moyens d'exclure son fils de sa succession, et nous venons de voir qu'à l'époque franque les barbares connaissaient déjà d'autres manières de tester. Dira-t-on que la règle posée pour l'affatomie s'étendait à ces dernières ? Ce serait prétendre que les personnes sans enfants étaient les seules à pouvoir tester chez les Francs : prétention insoutenable en fait, puisque nous avons des chartes et des formules qui la contredisent, et en droit, puisque les lois et les capitulaires des Francs aussi bien que des autres barbares renferment des dispositions qui restreignent dans l'intérêt des enfants la liberté du testateur. Se fondera-t-on sur ces restrictions elles-mêmes ? Elles existent dans les lois qui admettent expressément l'exhérédation ou qui la rendent possible. Si l'on considère d'autre part que l'on trouve à deux reprises, dans les capitulaires[3], des dispositions qui semblent autoriser sans restriction à tout le moins les legs pieux, on se sent porté à croire que l'exhérédation pouvait toujours avoir lieu dans l'empire franc lorsqu'elle n'était pas interdite par la loi personnelle du testateur : or nous ne connaissons aucune loi qui l'interdise.

Il est probable, d'ailleurs, qu'elle devait être justifiée, même lorsqu'elle résultait de dons faits à l'Eglise ou aux pauvres.

[1] *Thuring*, 54.
[2] *Rip.*, 48 ; — *Roth.*, 71.
[3] *Capit. leg. add.*, a[1] 803, c. 6 ; a[i] 818-819, c. 6 (BORETIUS, n[os] 39 et 139, p. 113 et 282). V. cependant ci-après p. 277.

Les barbares, en effet, ainsi que je l'ai montré, avaient un sentiment très vif du droit des enfants sur le patrimoine de la famille. Plusieurs de leurs lois protègent ce droit en assurant aux enfants une forte réserve. Chez les Wisigoths, le père ne peut disposer que du cinquième de ses biens en faveur d'un étranger. Il ne peut en donner plus du dixième en dot à la femme de son fils, et la dot qu'il a constituée même à sa propre femme ne doit pas non plus excéder cette quotité[1]. Chez les Lombards, Liutprand lui permet de disposer des deux tiers, s'il a une fille, d'une moitié, s'il en a deux[2]. C'est là visiblement une innovation. On est fondé à croire que tous les enfants avaient, avant cet édit, le droit que les fils semblent garder ensuite, de réclamer la totalité de l'héritage paternel, s'il n'existait contre eux aucune cause d'exhérédation[3]. La règle ainsi posée par Liutprand, se trouve appliquée vers 790 dans un capitulaire de Pépin. « La fille dont le père a affranchi par testament tous ses esclaves, pourra, dit ce prince, en revendiquer le tiers, car, dans cette limite, la loi a été violée[4] » Application remarquable pour le sujet qui nous occupe : l'affranchissement, en effet, fut toujours regardé comme le meilleur des legs pieux et la loi de Liutprand est une de celles qui paraît ne poser à ceux-ci aucune limite. Chez les Burgondes, je l'ai déjà dit, le père ne peut faire ce qu'il veut que de ses acquêts et d'une part d'enfant dans les propres après qu'il les a partagés. S'il outrepasse son droit et ne livre pas à ses enfants les parts qui leur sont dues, — « *debitas filiis substantiæ suæ portiones* », — il perd la sienne et ne garde plus que les acquêts[5]. La loi des Bavarois[6] admet des principes tout semblables.

[1] *Wisig.*, III, I, 5; IV, V, 1.

[2] *Liutpr.*, 65. En un cas spécial le père ne peut tester qu'avec le consentement des fils (V. ci-après ch. IV, II, *in fine*).

[3] Cf. ci-dessus, p. 265, 266, texte et n. 1. Le texte de Rotharis cité à cet endroit indique que certains biens seulement étaient légalement réservés aux fils. J'inclinerais donc à donner à l'expression : « héritage paternel » que j'emploie ici, le sens restreint qu'elle a souvent à l'époque franque, celui de propres.

[4] BORETIUS, n° 95, c. 9, p. 201.

[5] *Burg.*, I, 1; LI, 1; Cf. ci-dessus, p. 265, n. 6 et texte et ci-après, p. 278, 279.

[6] *Bajuv.*, I, 1.

Il est manifeste que, dans ces lois, le père ne peut, sans motif, fruster l'enfant de sa réserve. En était-il de même chez les Francs? Les textes que j'ai cités plus haut[1], porteraient à croire qu'ils avaient en général des usages analogues à ceux des Bavarois et des Burgondes, et le droit des enfants sur le patrimoine se manifeste encore de plus d'une façon au moyen-âge dans nos coutumes. D'autre part, il semble certain qu'en empruntant le testament aux lois romaines les Francs leur empruntèrent la liberté de tester, tantôt avec la réserve du quart en faveur de l'héritier, tantôt sans cette restriction. La quarte Falcidie se trouve mentionnée dans certaine charte de la fin du VIIe siècle dont les signataires sont probablement des personnes vivant selon les lois franques[2]. Une autre charte, de quelques années postérieure, débute par l'affirmation d'une liberté de tester sans limites et fondée à la fois sur les lois romaines et sur les coutumes franques : « *Dum leges et jura sinunt, et conventio Francorum est ut de facultatibus suis quisque quod facere voluerit liberam habeat potestatem...*[3] » Est-ce donc l'incertitude complète qui doit résulter pour nous de ces données contradictoires? Je ne le crois pas. Je reconnais, au contraire, en ces contradictions, un nouvel indice du travail de fusion qui s'est déjà révélé plus d'une fois à nous. Les coutumes antiques subsistent encore à côté des coutumes récentes : le droit n'est pas fixé, la pratique est indécise ; elle oscille selon les temps, les lieux, les personnes, vers celles-ci ou vers celles-là. Sollicité comme elle de deux côtés opposés, le législateur reste muet, se bornant à prescrire d'une manière générale aux *missi dominici* de veiller à ce que les tribunaux accueillent les plaintes des personnes injustement exhérédées, de peur que ces abus ne nuisent au service du prince ou à l'ordre public[4].

L'Église, favorable tout à la fois à l'usage du testament et

[1] Cf. ci-dessus, p. 266, 267.
[2] Charte de 680, citée par PARDESSUS, *Loi Sal.*, p. 724. Le nom de Falcidie était souvent donné à la légitime.
[3] Charte de 709, citée par PARDESSUS, *Loi Sal.*, p. 720; Cf. ci-dessus, p. 271, 272.
[4] *Capit. missor. gener.*, a[i] 805, c. 16 (BORETIUS, n° 44, p. 125).

au droit des enfants sur le patrimoine, intervient, en ce qui la concerne, pour s'opposer à tout excès. Le deuxième concile de Châlons, en 813, frappe de peines sévères les ecclésiastiques qui captent des libéralités ou qui attirent les gens à l'état religieux pour qu'ils fassent don de leurs biens au monastère en y entrant : ces biens seront rendus aux héritiers[1]. La même année, les évêques réunis à Mayence décident de venir en aide selon leur pouvoir aux enfants exhérédés à tort ou à raison, — « *debite vel indebite* » — par leurs parents. Ils font appel à l'empereur en faveur de ceux qu'ils ne pourront secourir eux-mêmes[2]. La première de ces décisions conciliaires passe, en effet, dans le capitulaire ecclésiastique de Louis le Pieux en 818; la seconde est confirmée vers 826 par le même prince. L'une et l'autre figurent au recueil d'Ansegise[3].

Il faut donc reconnaître que, si l'influence ecclésiastique a pu amener jusque dans les lois romaines des Barbares quelque extension de la liberté de tester au détriment des collatéraux[4], elle ne s'est pas exercée contre les droits des descendants. L'Église va même jusqu'à vouloir que l'enfant justement exhérédé ne soit pas complètement exclu de la succession paternelle[5].

Le droit de disposition du père est souvent plus étendu, d'ailleurs, lorsqu'il s'exerce en faveur d'un enfant. Chez les Wisigoths, l'avantage préciputaire fait à ce dernier peut absorber le tiers des biens[6]. Il peut être d'une part d'enfant chez les Lombards au profit d'un fils et même au profit d'une fille, s'il n'y a pas de fils. S'il en existe, la fille non mariée peut recevoir par testament une part d'héritage dont l'importance varie avec le nombre des héritiers mâles, tandis qu'elle n'au-

[1] Conc. Cabill., III, a° 813, c. 6 et 7 (SIRMOND, II, p. 309).
[2] Conc. Mog., c. 6 (LABBE, VII, p. 1243; — SIRMOND, II, p. 276).
[3] *Capit. Eccl.*, c. 7; — *Capit. e concil. excerp.*, c. 1; — Anseg., I, 83; II, 31 (BORETIUS, p. 277, 312, 406, 421).
[4] *Cf.* GLASSON, *Successions barbares*, p. 48.
[5] Conc. Mogunt., a[i] 813, c. 6 (SIRMOND, t. II, p. 276). Remarquez aussi l'accent tout chrétien de la formule célèbre dans laquelle un père appelle sa fille à partager avec ses fils, contre la loi Salique, la terre patrimoniale : « *Ego perpendans hanc impietatem, sicut mihi a Deo æquali donati estis filii, ita et a me sitis æqualiter diligendi, et de res meas post meum discessum æqualiter gratuletis...* » (ROZIÈRE, n° 136).
[6] *Wisig.*, IV, v, 1.

rait droit à rien dans la succession *ab intestat*. La fille mariée, ayant reçu une dot, ne peut rien obtenir de plus [1]. Les avantages préciputaires, nous le savons, étaient certainement licites chez les Francs [2], bien qu'ils ne pussent, au moins chez les Ripuaires et à l'origine, dépasser la valeur de douze sous d'or [3].

Libre d'avantager tel ou tel de ses enfants, le père avait, à plus forte raison, le droit d'opérer entre eux le partage du patrimoine. On sait que, chez les Burgondes, il était d'usage qu'il le fît. Il prenait alors sa part virile. « C'est une ancienne coutume observée parmi notre peuple, lisons-nous dans leur loi, que le père partage ses biens propres à égalité avec ses fils ». Les termes employés dans la suite du même article nous montrent combien ils étaient attachés à cette coutume. Nous y voyons que le maintien de l'égalité entre le père et chacun de ses fils leur apparaissait comme un devoir de justice pour lui, comme un droit inviolable pour eux [4]. Les Bavarois pratiquaient également ce partage [5] et j'ai fait connaître tout à l'heure les indices révélateurs d'usages analogues chez les Francs [6]. La connaissance que nous avons des conditions dans lesquelles se présentent, en général, de semblables coutumes permet de conjecturer que ce partage n'avait pas lieu d'ordinaire en une seule fois. Le fils devenu majeur pouvait très probablement demeurer dans la communauté familiale ou s'établir à part avec le consentement de son père, en emportant alors sa part des biens communs [7]. Les autres enfants demeuraient dans la communauté, et c'est seulement lorsqu'ils

[1] *Roth.*, 153, 181 ; — *Liutpr.*, 102, 113 (Cf. ci-après, 3e part., ch. V, III).

[2] Voyez ci-dessus, p. 268.

[3] *Rip.*, 59, 9. On a écrit que ce texte établissait, au profit des enfants, une réserve ou légitime de douze sous d'or. Or, il défend seulement au père de donner à l'un de ses enfants plus de douze sous d'or de plus qu'à l'autre, ce qui est bien différent : « *Filiis autem aut filiabus super duodecim solidos* UNI PLUS QUAM ALTERI *nihil condonare, vel conscribere permittimus* ».

[4] *Burg.*, LI, 1 : « *De his qui debitas filiis substantiæ suæ non tradiderint portiones. — Quamlibet hœc in populo nostro antiquitus fuerit consuetudo servata ut pater cum filiis propriam substantiam æquo jure divideret... Sed quia... præclaruit Attilam quemdam. . saluberrimæ legis præceptionibus resultasse, nec debitam tradidisse filio portionem... ne quisquam improbum ejusdem sequeretur exemplum, quod contra legem fecerat, ex lege jussimus non valere...* ».

[5] *Bajuv.*, I, 1.

[6] Voyez ci-dessus, p. 276 et 266.

[7] Cf. ci-dessus, p. 116.

l'avaient tous quittée, successivement ou ensemble, que le père restait maître absolu de disposer de sa part du patrimoine aussi bien que de ses acquêts[1]. Rare sans doute avant les invasions, un tel fait devint plus fréquent ensuite à raison des conditions économiques nouvelles résultant des invasions mêmes et du développement de la civilisation parmi les barbares. C'est pour cela que la loi rédigée à cette époque par les Burgondes dut affirmer, à côté de la légalité de l'antique usage, le droit de disposition du père sur la part qui lui restait après avoir donné la leur à ses fils[2]. On se rappelle, du reste, que la même loi restreignit aux propres l'indisponibilité qui frappait auparavant, jusqu'au partage, tous les biens de la communauté et les produits du travail de son chef auxquels elle avait droit. Ces changements dans la législation confirment nos conjectures. Nous y trouvons, en effet, la preuve que l'ancienne coutume des Burgondes, et par conséquent aussi celle des Bavarois et des Francs, tiraient leur origine et leur raison d'être du communisme familial pratiqué jadis par ces peuples comme par tant d'autres, et sur le fonctionnement ordinaire duquel nos hypothèses sont fondées.

Reste des âges primitifs, à peu près disparue du droit franc où l'on ne peut relever que ses traces, restreinte aux propres chez les Burgondes par la loi Gombette, et probablement aussi chez les Bavarois, cette coutume n'a pas persisté au-delà de l'époque franque[3]. Dès cette époque le partage d'ascendant est, le plus souvent, un acte purement volontaire. Il s'opère entre vifs ou par testament et ne paraît avoir à remplir aucune condition spéciale.

[1] Voyez la note de Merkel sur la loi des Bavarois, I, 1 (*M. G. H. Leges*, in-f°, t. III, p. 269, n. 2).

[2] *Burg.*, XXIV, 5. L'art. LI, 1 prouve que cette disposition est récente et que la coutume ancienne des Burgondes ne fixait aucune règle pour le cas où, la communauté familiale étant dissoute par le départ de tous les enfants, le père resterait seul possesseur de la part de biens à laquelle il avait droit. Cela donne à penser combien ce cas devait rarement se produire. « *Custodire hujusmodi ordinem jussimus* », lisons-nous en cet article à propos du partage « *et patrum utilitatibus consulentes,* ADJECIMUS *ut ex eo quod in portionem patris veniebat, faciendi quod voluisset habeat liberam potestatem* ».

[3] Voyez cependant ci-après, 3e part., ch. II, II, 2, quelque chose de semblable dans les coutumes pyrénéennes.

CHAPITRE III

DURÉE DE L'AUTORITÉ PATERNELLE. — DÉCHÉANCES PARTIELLES OU TOTALES

I

Émancipation.

Nous n'avons que peu de chose à ajouter ici à l'étude approfondie que nous avons faite de l'émancipation germanique[1], et pour laquelle nous avons dû recourir aux sources de l'époque franque. Les changements qui se produisent à cette époque dans les différentes législations sont petits en nombre et en importance.

L'âge n'émancipe pas encore. L'étude que je viens de rappeler nous en a fourni les preuves et l'on a pu trouver dans le chapitre précédent des indications qui les corroborent. C'est notamment la disposition de l'édit lombard de Rotharis interdisant au fils de disposer de ses biens tant que vit son père. C'est aussi le caractère spécial des cas où l'enfant, ayant atteint un certain âge, prend l'administration et la jouissance de la succession de sa mère. Chez les Wisigoths, cet âge n'est pas celui de la majorité, il est plus tardif et le père conserve la moitié de son usufruit lorsqu'il n'est pas remarié. Il le garde tout entier chez les Francs, tant que dure son veuvage : la majorité ne donne quelque droit à l'enfant que si les secondes noces du père l'ont précédée. Encore sont-ce là vraisemblablement des innovations dues à l'influence des lois romaines[2].

La majorité émancipatrice, cependant, commence à se laisser

[1] Ci-dessus, p. 96 à 115.
[2] Cf. ci-dessus, p. 109, 110, 262, 263.

entrevoir dans la législation canonique. L'enfant parvenu à sa majorité est libre d'entrer au couvent ou dans les ordres sans le consentement paternel; et l'on veut qu'il soit alors appelé à se prononcer lui-même sur son sort lorsque dans un âge plus tendre il a été voué par ses parents à la vie religieuse. Telle est du moins la doctrine traditionnelle de l'Eglise[1]. On admet aussi, nous l'avons vu, que la fille ne puisse plus être fiancée sans son propre consentement à partir d'un certain âge[2]. Tout cela n'est encore que peu de chose; mais l'idée d'une émancipation par l'âge s'y trouve. Il ne faut plus que du temps et des circonstances favorables pour la répandre et la développer.

Nous avons également rencontré les premiers vestiges de l'émancipation par mariage, les seuls que l'on puisse relever d'elle à l'époque franque[3]. Elle semble d'ailleurs tout à fait ignorée parmi les Francs et nous avons même entendu l'assemblée de leurs magistrats déclarer en 819 que les filles mariées retombent, par leur veuvage, sous l'autorité de leur père[4]. Le mariage, qui mettait fin pour elles à cette autorité d'après les anciennes coutumes, parait ainsi, d'après les nouvelles, en suspendre seulement l'exercice pour le temps de sa durée.

Deux modes d'émancipation seulement restent donc comme par le passé consacrés par les lois et les usages : pour les Romains, la déclaration du père devant le magistrat ; pour les Francs, l'établissement séparé du fils sortant de la communauté familiale, avec le consentement paternel, et emportant alors sa part des biens communs. Il me suffira de renvoyer ici à ce que j'ai dit ailleurs de cet établissement et de ce partage[5]. La cérémonie symbolique dont j'ai parlé à cette occasion tomba probablement de bonne heure en désuétude. Le titre de la loi salique qui la concerne est un de ceux que l'on ne retrouve pas dans la loi des Ripuaires : or ces titres ont tous pour

[1] Cf. ci-dessus, p. 220, 225.
[2] Cf. ci-dessus, p. 257.
[3] Cf. ci-dessus, p. 115, texte et n. 1.
[4] Cf. ci-dessus, p. 245, 246 texte et n. 1.
[5] Cf. ci-dessus, p. 110 et s., 278, 279.

objet des institutions archaïques, comme la chrenecruda et le reïpus, très certainement abolies ou disparues peu de temps après la conquête.

II

Veuvage. — Tutelle maternelle. — Tutelle testamentaire.

La mort de la mère ne modifie pas dans le droit franc et, en général, dans le droit barbare, l'autorité paternelle. La loi des Wisigoths est la seule qui transforme celle-ci en simple tutelle indépendamment d'un second mariage[1]. Cette disposition d'ailleurs n'est assurément pas d'origine germanique. Elle date de la fin du VI[e] siècle et dérive, par exagération, des précautions romaines contre les veufs et veuves qui se remarient. Nous verrons, en effet, tout à l'heure que la disposition plus ancienne qu'elle remplace venait déjà de la même source.

La mort du père, au contraire, ne laisse rien subsister aux mains de la mère de la puissance dont elle partageait en fait l'exercice. Loin de pouvoir être tutrice de son enfant, elle l'a pour tuteur, si c'est un fils; peu importe qu'il soit lui-même en tutelle[2]. Deux lois seulement, celle des Wisigoths et celle des Burgondes affranchissent la veuve de toute tutelle[3]. Ce sont aussi les seules qui lui confient la tutelle de ses enfants. Il faut d'ailleurs qu'elle la demande; on ne lui en impose pas la charge. Chez les Wisigoths, elle devra faire inventaire et promettre de ne pas se remarier. Il semble que cette promesse est également exigée chez les Burgondes et qu'elle suffit[4]. On reconnait à cette marque l'origine romaine de ces décisions[5]. Il paraît donc difficile d'admettre, avec Pardessus, qu'elles

[1] *Wisig.*, IV, II, 13. Cette loi appartient à la rédaction de Récarède (586-601). Elle déclare même la tutelle facultative pour le père.

[2] *Roth.*, 204; — *Liutpr.*, 101; — *Sax.*, 42; — Rozière, n° 103; — Du Cange, v° *Mundoaldus*; — Gide-Esmein, p. 339, 349, texte et n. 4; — Viollet, *Droit privé*, p. 288.

[3] *Wisig.*, III, II; — *Burg.*, LII, 3.

[4] *Wisig.*, IV, III, 3; — *Burg.*, 59 et 85, 1.

[5] Cpr. *Papian.*, 36, 1; — Cf. Glasson, *France*, III, p. 50; — Viollet, *Droit privé*, p. 533.

expriment le droit commun des tribus germaniques[1]. On ne relève dans les lois de ces tribus aucune trace de la tutelle maternelle. Leurs formules ne nous en fournissent pas d'exemple.

Les lois anglo-saxonnes de la fin du VIIe siècle, dans lesquelles on a parfois cru la trouver[2], ne donnent, en réalité, à la mère qu'un droit de garde et lui adjoignent un tuteur pour conserver et administrer les biens. L'acte de Charles le Chauve soumettant à la ratification de son fils et de ses leudes, à Kiersy, la décision qu'il avait prise de placer sa fille sous la tutelle maternelle, montre bien que cette tutelle était encore étrangère au droit franc à la fin du IXe siècle[3]. On voit également par là qu'il en était de même de la tutelle testamentaire. Une seule loi, celle des Burgondes, la mentionne peut-être, dans un texte d'une profonde obscurité[4]. Le *mundium* était un droit pour celui qui était appelé à l'exercer. Ce droit, il le tenait de la loi, en vertu de son rang dans la famille. Comment la volonté du père aurait-elle pu l'en dépouiller? Il serait bien étrange, d'ailleurs, que le droit germanique eût accordé au père un pareil pouvoir et que plusieurs de nos coutumes aient cependant ignoré jusqu'à la fin la tutelle testamentaire[5].

[1] PARDESSUS, *Loi sal.*, p. 454; — Cf. KRAUT, II, p. 672, 673 et 675, n. 14.

[2] Leg. Loth. et Edric., c. 6; ap. HOUARD, I, p. 40 : « *Si vir moriatur, viventibus uxore et prole, justum est ut proles matrem sequatur et unus paternorum suorum cognatorum voluntarius fidejussor statuatur facultates ejus conservandi usquedum decennis fuerit* » (Cf. GLASSON, *Angleterre*, I, p. 125).

[3] *Cap. Carisiac.*, a[i] 877, c. 6; — KRAUSE, p. 357.

[4] *Burg.*, 86 : « *De mala hereda.— 1. Si pater qui filias dimittit, mala hereda se vivo dare voluerit, cui voluerit donet, ita ut postea ad filias suas si ille dederit, nemo requirat* ». BLUHME (*ad hanc leg. M. G. H., Leges*, in-f°, t. III, p. 568, n. 92) dit que « *mala hereda* » paraît désigner une sorte de *mundium*. Le texte signifierait alors que le père peut, de son vivant, donner, pour après sa mort, un tuteur à ses filles. DU CANGE (v° *hereda*, 2, édit. FAVRE, t. IV, p. 195) attribue à cette expression le sens d'héritage « *hereditas* »; mais la leçon qu'il donne de notre texte est toute différente : « *Si pater filiis dimittat malam heredam, si vivus dare voluerit, cui vult donet; postea ad filias suas si ille dederit, nemo requirat* ». Avec la leçon donnée par Bluhme, on ne peut pas traduire « *mala hereda* » par « *héritage* » sans rendre la dernière partie du texte incompréhensible. En traduisant par « *mundium* » ou « *tutelle* », la difficulté est levée, et, de plus, l'enchaînement se fait sans effort entre ce paragraphe, qui accorde dès lors au père le pouvoir de nommer un tuteur, et le paragraphe suivant qui lui interdit de changer l'ordre établi par la loi pour l'attribution du *witemon* ou prix nuptial. Cependant, on arrive ainsi à séparer du *mundium* le droit au prix nuptial, ce qui est contraire à toutes les idées des barbares sur ce sujet.

[5] Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 542, 545.

Lorsque la mère ne réclame pas la tutelle, elle ne laisse pas d'avoir, chez les Wisigoths, la garde de ses enfants et le droit de consentir à leur mariage[1]. On a conjecturé que la qualité de tutrice lui conférait en outre la jouissance de leurs biens. C'est en effet ce que semble décider la loi Gombette[2]. Elle a dans tous les cas certains droits sur ce que ses enfants recueillent dans la succession de leur père. Chez les Burgondes, elle jouit du quart ou du tiers de ces biens, selon qu'elle a plusieurs enfants ou un seul, si elle n'a pas recueilli la succession de ses propres parents, ni rien reçu de son mari, et si ses fils, parvenus à la majorité, refusent de la prendre avec eux[3]. Chez les Wisigoths et les Bavarois, son usufruit se borne à une part d'enfant[4]. Cet avantage lui est accordé, bien entendu, sans préjudice de ses droits sur les acquêts et les dons nuptiaux : je n'ai pas à parler ici de ces droits, que l'ensemble des législations barbares consacrent. L'usufruit maternel, au contraire, aussi bien que la tutelle, paraît spécial aux deux lois qui l'établissent. La loi bavaroise ne fait que répéter en ce point celle des Wisigoths, et cet emprunt même témoigne que l'origine de cet usufruit n'est pas germanique, mais romaine.

Les diverses dispositions que nous venons de considérer ne s'appliquent du reste qu'à la veuve. Leur effet, comme on va le voir, cesse avec le veuvage.

III

Déchéances. — Secondes noces des parents.

Quelques-unes des causes qui mettaient fin à la puissance paternelle du vivant du père, et en dehors de l'émancipation du fils, disparaissent ou sont en voie de disparaître à l'époque franque. On ne voit pas que la déchéance résultant autrefois

[1] *Wisig.*, III, I, 7 ; IV, II, 13.
[2] *Burg.*, 59, 1 ; — Cf. PARDESSUS, *Loi salique*, p. 458.
[3] *Burg.*, 62 ; 74, 1.
[4] *Wisig.*, IV, II, 14 ; — *Bajuv.*, XV, 7.

de la vieillesse y soit encore admise, bien qu'elle ait subsisté chez les peuples du Nord jusqu'au moyen-âge[1]. La chrenecruda, l'*abdicatio parentelæ*, entraînaient sans doute aussi l'extinction de l'autorité du pére : l'une a été abolie ; l'autre tombe de plus en plus en désuétude, si tant est même qu'elle n'ait pas cessé complétement d'être en usage. On trouve chez les Lombards un cas tout spécial dans lequel l'extinction paraît se produire. La victime d'un rapt, d'aprés l'édit de Rotharis, peut, aprés le crime, choisir entre son père, ses frères et ses oncles, ou autres personnes quelconques, celle qui aura dès lors le mundium sur elle[2]. C'est donc que le rapt fait perdre ce mundium à celui qui le possédait auparavant, fût-ce même le pére. On le présumait évidemment incapable ou indigne, dès lors qu'il n'avait pas su ou n'avait pas voulu empêcher un si grave attentat. On s'en remettait à la jeune fille, mieux placée que personne pour apprécier les circonstances, de prononcer sur le bien ou mal fondé de cette présomption. Hors ce cas, il ne paraît pas que les Barbares admissent, en ce qui concerne le père, d'autre cause de déchéance totale que la servitude encourue à titre de peine, ou par suite d'insolvabilité, ou par l'effet d'une convention[3].

Il n'en est pas de même en ce qui concerne la mère dans les lois qui lui conservent, après la mort de son mari, quelque autorité. Les secondes noces lui font perdre la tutelle chez les Burgondes. Il en est de même chez les Wisigoths, dont la loi lui retire en outre le droit de marier ses enfants à sa guise[4]. Cette loi corrigea même, paraît-il, une loi antérieure qui enlevait au père son autorité, s'il se remariait, pour confier les enfants à un tuteur[5]. Cette disposition n'était visiblement qu'une extension de celle qui concernait la mère, et dont l'origine n'est pas douteuse. Le code de Recarède ne consacre plus

[1] GIDE-ESMEIN, p. 199, texte et n. 2.
[2] *Roth.*, 186.
[3] *Wisig.*, V, VI, 5 ; — Cf. *Bajuv.*, I, 2, 8 ; — *Burg.*, 12, 2 ; — ROZIÈRE, n° 43 et s.
[4] *Burg.*, 59 ; — *Wisig.*, III, I, 7 ; IV, III, 3.
[5] *Suppl. leg. Wisig.*, 14 (WALTER, I, p. 665) ; — Cf. KRAUT, II, p. 672, texte et note 8.

cette exagération ; mais nous avons vu que son auteur ne laisse pas de pousser plus loin que les lois de Rome les précautions dont elles lui suggéraient l'idée. Le père, bien qu'il ne se remarie pas, et par cela seul qu'il le peut faire, voit son autorité se changer en tutelle[1].

Que ces déchéances totales tirent leur origine du Droit romain, on n'en saurait douter. Les déchéances partielles dont il me reste à parler ne dérivent pas d'une autre source. Elles sont visiblement empruntées au système de législation créé par les empereurs pour assurer le sort des enfants en cas de seconde noces de leurs parents. Aussi, ne se trouvent-elles que dans les lois romanisantes qui accordent à la mère des droits de tutelle et d'usufruit, et dans certains textes francs où se reconnait dès l'abord l'influence du Bréviaire d'Anien.

Chez les Wisigoths, la mère, en se remariant, perd son usufruit d'une part d'enfant sur les biens laissés par le père, ce qui aggrave encore la déchéance totale prononcée contre elle. Nous savons déjà que cet article de leur loi a passé intégralement dans la loi bavaroise[2]. Celle des Burgondes renferme une décision identique en ce qui concerne la tierce usufructuaire qu'elle accorde à la veuve. Elle enlève, en outre, à celle-ci la nue-propriété de sa dot, dont elle ordonne la conservation au profit exclusif des enfants issus du mariage[3]. C'est également la règle posée par les deux *capita extravagantia* de la loi salique, auxquels je faisais allusion à l'instant. Le premier l'applique à la mère, le second au père, avec cette différence que la jouissance de celui-ci prend fin à la majorité des enfants, tandis que la jouissance de celle-là est viagère : différence logique et dont le motif se laisse facilement saisir. La mère, avant de se remarier, était propriétaire de sa dot : elle en devient usufruitière. Que décidera-t-on pour le père, déjà simple usufruitier ? On lui ôtera son usufruit, si ses enfants sont en âge de gérer eux-mêmes leur fortune ; dans le

[1] *Wisig.*, IV, II, 13.
[2] *Wisig.*, IV, II, 13 ; — *Bajuv.*, 15, 7.
[3] *Burg.*, 62, 2 ; 74, 1.
[4] *Sal. cap. extr.*, 7 et 8.

cas contraire, on le lui laissera jusqu'à ce que cet âge soit atteint. C'est une extension rationnelle des dispositions de la loi romaine, et elle se fonde sur cette considération, très juste, que le second mariage de l'un des parents peut avoir, pour les enfants, d'aussi funestes conséquences que le second mariage de l'autre. En pratique, nous l'apprenons par les formules, les enfants assuraient parfois à leur père, au moyen d'une concession à précaire des biens dotaux, une situation identique à celle que leur mère eût obtenue d'après la loi[1].

[1] Rozière, nos 336, 337.

CHAPITRE IV

ADOPTION ET BATARDISE

I

Adoption.

L'affatomie, on le sait, n'était pas le seul mode d'adoption connu des Francs. L'idée de filiation n'y tenait même qu'un rang secondaire. On ne la faisait intervenir que pour justifier l'institution d'héritier, but principal de l'acte. Je n'y reviendrai donc pas ici.

L'adoption par les armes, usitée parmi les Germains, devient sans doute moins fréquente, mais elle subsiste. Gontran l'emploie à l'égard de son neveu Childebert[1]. Il en est de même de l'adoption par la coupe des cheveux ou de la barbe, employée par Alaric pour Clovis et par Liutprand pour Pépin[2]. Il ne faudrait pas conclure, du reste, de ces deux derniers exemples, que l'adoption accomplie par l'un ou l'autre de ces modes n'engendrait pas une véritable paternité juridique. Celle de Childebert par Gontran produisit assurément de très sérieux effets. Les autres, il est vrai, semblent avoir été purement honorifiques : mais rien ne prouve que l'on ait employé pour elles un autre mode que si elles ne l'eussent pas été. Les Francs connaissaient et pratiquaient aussi sans aucun doute l'adoption sous la chemise ou le manteau, symbole primitif venu de l'antiquité germanique la plus reculée[3].

[1] VIOLLET, *Droit privé*, p. 483. Cpr. GREG. TUR. V, 11.
[2] GRIMM, p. 146, 147 ; — DOM BOUQUET, t. III, p. 416.
[3] Cf. GRIMM, p. 454, 465. On ne voit pas trace, en France, de l'adoption par le baptême dont parle Grimm au même endroit. Le baptême confère assurément des

Ils empruntèrent, d'autre part, aux lois et aux usages des populations romaines, l'adoption par contrat — *per epistolam adoptionis* — passé devant la curie ou le magistrat qui en tient lieu. La plupart des formules que nous possédons[1] ne mentionnent même pas cette intervention des pouvoirs publics, ce qui donne à penser qu'elle n'avait pas toujours lieu. A cela près, du reste, ces formules sont toutes rédigées sur le même modèle. Elles constatent l'absence d'enfants de l'adoptant, le consentement de l'adopté et de son père naturel, la naissance, de part et d'autre, des droits et des devoirs résultant de la paternité et de la filiation. Elles montrent aussi que l'adoption était accompagnée, la plupart du temps, d'une cession de biens immédiate au profit de l'adopté, à charge d'entretenir l'adoptant jusqu'à son décès. Cette cession s'opérait dans les formes ordinaires « *per cartulam cessionis, sive per festucam, atque per andelangum* ». Elle avait lieu, semble-t-il, dans les cas où l'adoptant se trouvait, par l'âge ou par la maladie, incapable de gérer sa fortune[2].

II

Bâtardise.

Tout enfant issu de deux époux est aujourd'hui légitime et nous réservons à l'enfant né hors mariage le nom de bâtard. Il n'en allait pas ainsi à l'époque franque. La bâtardise ne résultait pas seulement des unions illégitimes. De véritables mariages, reconnus par la loi, consacrés par l'Église, pouvaient aussi donner naissance à des bâtards. Il y avait, dans le droit barbare, quelque chose d'analogue à la distinction posée par le droit romain entre les *justæ nuptiæ* et le *concubinatus* ;

droits au parrain, mais il ne constitue pas une adoption. C'est seulement au point de vue religieux que le filleul est parfois appelé « fils adoptif dans le Christ, *filius adoptivus in Christo* » (Cf. VIOLLET, *Droit public*, I, p. 346, texte et n. 1).

[1] ROZIÈRE, n[os] 115 à 118 ; — Cf. ci-dessus, p. 188.

[2] Comparez avec la mise en avouerie coutumière, ci-après, 3e part., ch. III, II, 2 et V, III.

mais tandis que les *liberi naturales*, issus de ce dernier, et les « *spurii* », ou bâtards proprement dits, formaient à Rome deux catégories d'enfants distinctes devant la loi[1], il ne paraît pas que les barbares aient admis entre les bâtards sans père et ceux dont les parents étaient mariés, d'autres différences que les différences de fait résultant de cette dernière circonstance.

Les causes pour lesquelles un véritable mariage ne donne ainsi naissance qu'à des enfants naturels sont de deux sortes. La première, d'origine à la fois romaine et germanique, est l'inégalité de condition entre les parents[2]; la seconde est l'absence de dot et paraît être d'origine purement romaine. La seule formule qui la mentionne porte le cachet de cette origine et débute même par une citation de l'Epitome de Julien. Nous avons vu, d'autre part, que les textes de l'époque franque où se trouve formulée la nécessité de la dot pour la légitimité du mariage dérivent, sans nul doute, d'une novelle de Majorien[3]. Il se pourrait cependant que la notion germanique du mariage par achat ait joué quelque rôle en ce point; mais il faut observer que cette cause de bâtardise ne pouvait produire aucun effet lorsque la loi des époux fixait le chiffre de la dot à défaut de convention entre eux : or c'est ce que fait précisément la loi ripuaire[4]. Si tous les Francs suivaient cet usage, comme le croit Pardessus[5], il n'y avait pas de mariage sans dot parmi eux et par conséquent pas de bâtards pour ce motif.

Le mariage entre gens d'inégale condition, interdit d'une manière presque absolue à l'origine, encore traité avec défaveur à l'époque franque[6], semble fréquent dans les classes sociales inférieures. Le grand nombre de formules d'*epistolæ conculcatoriæ* que nous possédons en est la preuve. Ce mariage paraît avoir été chez les anciens Germains, dans les cas où il était possible, le

[1] Cf. RIVIER, n° 39, p. 129 et s.
[2] Voyez LEHUÉROU, p. 119 à 125; — Cf. ci-après, p. 237 et s.
[3] ROZIÈRE, n° 130. Cf. ci-dessus p. 268.
[4] *Rip.*, 37, 2.
[5] PARDESSUS, *Loi salique*, p. 669.
[6] Si l'un des conjoints est esclave, en effet, le mariage fait perdre à l'autre la liberté (Cf. cependant ci-après p. 292, n. 3).

pendant du concubinat de Rome. A l'époque où nous le considérons ici, il est devenu, sous l'influence de l'Eglise, quelque chose de plus. Le concubinat lui-même s'est transformé sous cette influence. Il s'est dédoublé, pour ainsi dire, en mariage que l'Eglise autorise et consacre, et en concubinage qu'elle proscrit : mariage, lorsque, malgré le nom que la loi civile, en vertu de ses principes spéciaux, lui donne, il offre, par la volonté des époux, les caractères d'unité et d'indissolubilité du mariage ; concubinage, lorsque ces caractères lui font défaut[1]. Ainsi disparaîtront peu à peu de la législation les distinctions antiques entre le mariage et certaines unions licites, mais d'ordre inférieur. Il ne restera plus en présence que le mariage et le concubinage, et il n'y aura plus, dès lors, comme de nos jours, d'autres bâtards que les enfants nés de celui-ci. A peine restera-t-il, dans les unions morganatiques, une trace des idées germaniques sur l'infériorité du mariage contracté entre personnes d'inégales conditions[2]. Cette évolution se règle sur celle de la juridiction ecclésiastique en matière matrimoniale[3]. Elle est nécessairement accomplie au moment où l'Eglise, devenue seule compétente en cette matière, détermine souverainement, d'après ses propres principes, les caractères du mariage hors lequel il ne naît que des bâtards. Ce moment ne se peut déterminer avec précision, mais il coïncide certainement avec la fin de l'époque franque[4].

Quelle était, chez les Francs, la condition des bâtards? Il n'est pas douteux, même pour les Barbares en général, que les enfants illégitimes ne soient traités avec défaveur. Cette défaveur semble déjà grande au lendemain des invasions. La loi ripuaire déclare que les enfants de mariages entre ingénus et affranchis suivent la condition la moins bonne. Celle des Lombards applique la même règle aux enfants issus d'un mariage

[1] C'est ce qui explique les contradictions apparentes des textes ecclésiastiques au sujet du concubinat (Cf. *Corp. jur. can.*, I, 34, 4) : « *Is qui non habet* » (du premier concile de Tolède. en 400) avec les *dictá gratiani*, la note des Correctores et les deux canons suivants.

[2] Cf. Grimm, p. 438, 439.

[3] Voyez sur cette dernière évolution : Esmein, *Mariage*, I, p. 1 à 25.

[4] Esmein, *Mariage*, t. I, p. 25 texte et n. 3.

servile. Celle des Bavarois refuse à ces mêmes enfants tout droit sur l'héritage paternel : la part qu'ils en pourront obtenir dépendra de la libéralité de leurs frères légitimes[1]. Les lois et les formules nous apprennent qu'ils pouvaient être rachetés par celui de leurs parents qui demeurait libre, ou par la famille de celui que le mariage avait privé de sa liberté. Ils n'acquéraient, par ce rachat suivi d'affranchissement, aucun droit de succession *ab intestat*. A plus forte raison n'en avaient-ils auparavant aucun. Ils pouvaient, une fois libres, recevoir des donations ou des legs, ou même, chez les Francs, être rappelés à la succession par testament, à égalité avec leurs frères[2]. Ces divers textes, sauf celui de la loi ripuaire, ne mentionnent que le père et supposent la mère esclave. Il est probable que les mêmes règles s'appliquaient au cas où le père était esclave et la mère libre[3].

En existait-il d'autres pour les autres cas ? Nous n'en savons rien. Nous possédons bien quelques textes relatifs aux enfants naturels en général : mais ils sont presque tous romains ou canoniques. Seul, l'édit de Rotharis qui accorde aux bâtards dans la succession de leur père une part variable, et toujours relativement minime lorsqu'ils ont des frères légitimes, appartient au droit barbare. Il interdit, du reste, le rappel à succession que nous venons de voir autorisé par la coutume franque[4]. Le Papien consacre, pour les Romains soumis à la domination burgonde, les dispositions théodosiennes qui accordent au père un disponible d'un huitième en faveur de sa concubine et des enfants qu'elle lui a donnés. Il déclare que les enfants nés de parents d'inégale condition suivront la condition pire[5]. Une formule, rédigée par un sujet romain des princes francs, débute par

[1] *Rip.*, 58, 11 ; — *Alam. Hloth.*, 18, 3 ; — *Fris.*, VI, 1 ; — *Roth.*, 156 ; — *Bajuv.*, VIII, 2.

[2] *Roth.*, 156, 157 ; — *Alam. Hloth.*, 18, 4 ; — ROZIÈRE, n° 137 (*Marculf. app.* 47). Cette formule, étant franque, montre que la coutume des Francs admettait les mêmes règles, en ces points, que celles des Alamans et des Lombards (Cf. PARDESSUS, *Loi salique*, p. 698).

[3] L'homme ou la femme qui épousait un esclave pouvait demeurer libre même lorsque la loi prononçait contre lui la perte de la liberté. Il lui suffisait pour cela d'obtenir du maître de l'esclave une *epistola conculcatoria* ou permis de mariage avec reconnaissance de liberté (Cf. ROZIÈRE, n°s 101 et s.).

[4] *Roth.*, 154, 155, 158 à 160 ; — Cf. *Liutpr.*, 57, et 156.

[5] *Papian.*, 37, 4 et 5 ; — Cf. C. Th., IV. 6, 7.

une citation de l'Epitome de Julien d'après laquelle le père peut donner tous ses biens à ses bâtards en l'absence d'enfants légitimes[1]. Enfin, le concile de Tribur réserve à l'enfant d'une union prohibée les donations échangées par ses parents avant leur séparation[2]. Il ne sort pas de tout cela beaucoup de lumière. La loi salique, en édictant que les enfants nés d'un inceste soient notés d'infamie, ne nous en donne pas davantage[3]. Les points que je signalais à l'instant demeurent donc entièrement obscurs.

La défaveur avec laquelle les bâtards sont traités à l'époque franque n'en est pas moins visible. Reste à en déterminer l'origine. Il ne paraît pas, quoi qu'on en ait dit, qu'elle soit germanique. On s'est fondé pour l'affirmer sur deux catégories de preuves : les dispositions des lois barbares, et les exemples historiques relatifs aux bâtards royaux[4]. Nous les examinerons l'une et l'autre.

Les dispositions des lois barbares, on vient de le voir, sont elles-mêmes de deux sortes. Les unes concernent certains mariages inégaux et les enfants qui en naissent, les autres règlent directement la situation des enfants naturels.

Les premières offrent des caractères très particuliers dont il importe de tenir compte. Les unions qu'elles visent ne sont pas des unions quelconques, mais des mariages. En outre, la plupart d'entre elles sont spéciales au mariage contracté par une femme, et avec un esclave[5] : elles ne s'appliquent point à

[1] Rozière, n° 130 (*app. Marculf.*, 52) ; — *Julian.*, *Epit. Nov.*, 82, 12 ; — Thévenin, n° 35, p. 39.

[2] Conc. Tribur, c. 49 (a° 895, Krause, p. 240). Le mot « *adulterium* » désigne dans ce texte toutes les unions contre lesquelles il existe un empêchement dirimant.

[3] *Sal.*, 14, 6. Nous ignorons quelles étaient les conséquences de cette notation d'infamie.

[4] Voyez Amiable, p. 372-374. Son argumentation est très superficielle et les bases en sont plus que contestables ; — Morillot, p. 177 et 178 ; — Bernard, p. 61 ; — Lehuërou, p. 119 à 130 ; — Pardessus, *Loi salique*, p. 698 ; — Kœnigswarter (p. 124 à 126 ; 141) et Glasson (*France*, t. III, p. 33, 34) paraissent admettre la même opinion. Elle est rejetée par Laferrière, t. III, p. 194 ; — Kurth, II, p. 110 ; — Viollet, *Droit privé*, p. 465 et s.

[5] *Alam. Hloth.*, 18, 1 à 4 ; — *Roth.*, 221 ; — *Liutpr.*, 24 ; — *Burg.*, 35, 2. La loi Frisonne (VI, 1), vise le mariage de la femme avec un lite, sorte de colon d'une condition voisine de l'esclavage. Je ne mentionne pas la loi des Wisigoths dont les dispositions (III, II, 2), sont évidemment d'origine romaine.

celui d'un homme avec une femme de condition inférieure, même servile, ni à celui d'une femme avec un homme qui, sans être esclave, n'est cependant pas de sa condition. Les deux lois franques et l'édit de Rotharis font exception; mais leurs dispositions se restreignent aussi à des cas particuliers.

La loi salique prononce la perte de la liberté contre l'ingénu qui épouse l'esclave d'autrui : « *Si vero ingenuus ancilla aliena publice se junxerit, ipse cum eâ in servitute permaneat* ». Cet article vise uniquement le mariage, les termes du suivant le démontrent : « *Similiter, et ingenua, si servo alieno, in conjugio acceperit, in servitio permaneat* ». Le simple concubinage échappe aux rigueurs de la loi. Il n'est frappé, comme toute autre atteinte à la propriété d'autrui, que d'une composition au profit du propriétaire[1]. Quant aux relations du maître avec sa propre esclave, elles ne sauraient donner lieu à aucune composition lorsqu'elles sont coupables; la loi n'en parle point. Lorsqu'elles sont légitimées par le mariage, celui-ci, sans aucun doute, est toujours précédé d'un affranchissement. Ce n'est plus un mariage servile, et la loi, ne s'occupant que de ces derniers, reste muette à son sujet.

La loi ripuaire proscrit rigoureusement le mariage entre la femme libre et l'esclave. S'en est-il formé un? On présente à la femme un glaive et une quenouille : si elle prend le glaive, elle doit s'en servir immédiatement pour tuer l'esclave ; si elle prend la quenouille, elle devient esclave avec lui[2]. Ce symbolisme a quelque apparence germanique ; mais la règle dont il offre l'application restait étrangère aux autres mariages inégaux, car les dispositions qui les concernent ont, comme nous le verrons tout à l'heure, une origine relativement récente.

L'édit de Rotharis, est plus sévère encore. L'esclave est puni de mort. La femme doit être tuée ou vendue par ses parents. Elle devient esclave du fisc s'ils n'ont pas exécuté eux-mêmes cette dure sentence dans un délai que Liutprand fixe à une année[3]. Cette sévérité, du reste, est toute spéciale à

[1] *Sal.*, (1er texte), XXV, 3, 4, 5 et 6.
[2] *Rip.*, 58, 18.
[3] *Roth.*, 221 ; — *Liutpr.*, 24.

ce cas particulier. Tout autre est le sort d'un homme libre qui épouse une esclave. Il reste libre. Il peut racheter et affranchir ses enfants et sans doute aussi leur mère. Il peut ensuite leur faire des dons et des legs[1]. Encore est-ce là probablement, nous le verrons, une restriction aux droits accordés autrefois par la coutume lombarde aux enfants naturels.

L'esprit de toutes ces lois est visiblement le même. Elles n'ont pour but ni d'accroître la pureté des mœurs, ni d'assurer à la famille légitime une situation privilégiée par rapport à la famille naturelle, ni d'empêcher l'intrusion des bâtards au foyer domestique. Leur objet n'est pas de régler la situation des enfants nés hors mariage ou de mariages inégaux. Elles sont conçues uniquement contre les mariages serviles, qu'elles proscrivent précisément parce qu'ils sont mariages en même temps que serviles. Nous avons vu qu'on ne saurait étendre à d'autres cas leurs dispositions. A plus forte raison n'y doit-on pas chercher des indications sur les idées des Germains relativement à la bâtardise en général : elles y sont entièrement étrangères.

Reste la deuxième catégorie de textes législatifs, ceux qui concernent directement les bâtards. Examinons-en la nature et cherchons-en l'origine.

La loi salique note d'infamie les bâtards issus d'un inceste[2]. On sait que cette disposition, absente des plus anciennes rédactions de la loi, est d'origine purement ecclésiastique.

La loi ripuaire renferme toute une série d'articles sur les enfants issus de mariages inégaux. Le *tabularius*, c'est-à-dire l'esclave affranchi par déclaration du maître devant l'évêque et l'assemblée des fidèles et demeuré sous le patronage de l'Église, retombe dans la servitude s'il prend une esclave pour épouse. Il reste libre cependant, si c'est une esclave ripuaire ; mais les enfants suivent la condition maternelle[3]. Nous ne sortons pas, jusqu'ici, des dispositions concernant le mariage servile. La

[1] *Roth.*, 156, 157.
[2] *Sal.*, XIV, 16 (*emend.*).
[3] *Rip.*, 58, 1, 9, 10.

suivante a trait aux affranchis des deux sexes dont le conjoint est ingénu et Ripuaire, qu'ils soient eux-mêmes hors de patronage ou sous celui du roi ou de l'Église. « Leurs enfants, dit la loi, suivront toujours la condition pire »[1]. Puis, deux articles nous présentent le pendant de ceux qui concernent le *tabularius*. Le Ripuaire qui épouse une esclave tombe en esclavage si le maître est un Ripuaire. Il reste libre si la femme est esclave du roi, de l'Église ou d'un *tabularius*; mais les enfants suivront la condition de leur mère[2]. Ces divers articles sont manifestement tous conçus dans le même ordre d'idées. Leur esprit ne diffère pas de celui des textes que nous avons analysés jusqu'à présent. Ils ne concernent les bâtards que d'une façon tout accessoire. Ils ont pour objet principal et même unique d'empêcher le mariage servile qui demeure, en principe, pour le conjoint libre, une cause d'esclavage. Hors de là, les particularités qu'ils présentent ne sont pas d'origine germanique ni dirigées contre les bâtards. Ce sont des règles introduites dans le droit ripuaire vers la fin du sixième siècle[3], et combinées dans l'intention évidente de fortifier le pouvoir du roi et de l'Église. Elles tendent, en effet, à placer dans leur dépendance le plus grand nombre des hommes libres qui ne pouvaient pas, par la force des choses, rester entièrement indépendants. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner de près les articles ci-dessus.

L'affranchi qui dépend de l'Église — *tabularius* — devient esclave s'il épouse une esclave de l'Église, du roi ou d'un autre *tabularius*. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que la loi civile lui applique la règle générale des mariages serviles, puisque, s'il perd la liberté, il ne sortira pas de la dépendance de l'Eglise que ce ne soit pour tomber en celle du roi. Epouse-t-il au

[1] *Rip.*, 58, 11. Je viens d'expliquer le sens du mot « *tabularius* », qui a pour synonyme évident, en ce texte, l'expression « *homo ecclesiasticus* ». L'*homo regius* est l'esclave qui a été fait ingénu « *ingenuus dimissus* » par un des deux modes germaniques d'affranchissement solennel : « *Per denarium* », ou « *per hantradam* ». Il est sous le patronage du roi. Sur le sens de l'expression « *homo romanus* », voir ci-après, p. 297.

[2] *Rip.*, 58, 14 et 15.

[3] Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 107.

contraire l'esclave d'un Ripuaire ? Il reste libre, car il sortirait sans cela de la dépendance de l'Église sans tomber en celle du roi.

Les enfants de deux conjoints dont l'un est Ripuaire et l'autre sous la dépendance du roi ou de l'Église, suivent la condition pire. Ils sont voués, en effet, à vivre sous la dépendance de quelqu'un : ce quelqu'un sera de la sorte ou le roi ou l'Église. Quant à l'*homo romanus* et à la *romana*, que la loi ripuaire associe en cet endroit aux *regii* et aux *tabularii*, ce sont des affranchis, sans nul doute. Leur nom et cette association démontrent que les règles qui les concernent ne s'appliquent pas à tout affranchi ayant la condition de l'affranchi romain — *libertus* — mais seulement de celui qui a reçu, comme l'*homo regius*, la liberté pleine et entière, et qui ne se trouve ainsi, comme le *tabularius* et le *regius*, sous le patronage d'aucun particulier. C'est celui dont la loi ripuaire même nous dit que son maître en le faisant affranchi « *si quis libertum fecerit* », l'a déclaré solennellement citoyen romain et libre de toute dépendance, « *civem romanum portasque apertas scripserit* ». Or, si cet affranchi n'a pas le roi pour patron, c'est cependant le roi qui hérite de lui quand il meurt sans enfants[1]. C'est tout profit pour le roi si ces enfants eux-mêmes sont, dans tous les cas, des *romani*, dont il sera encore l'héritier présomptif : sans parler de la dépendance que suppose ce droit royal d'héritage. La règle même qu'en de tels mariages le pire emporte le bon, n'a rien de germanique. A Rome, la loi *Mensia* l'avait appliquée aux mariages entre pérégrins et Romains ; le S. C. Claudien, à l'union d'une femme et d'un esclave avec la permission du maître de ce dernier ; une autre loi encore, à une hypothèse voisine de celles que prévoit la loi ripuaire[2]. Elle se trouvait formulée dans la loi romaine des Burgondes[3]. Au contraire, elle ne se rencontre dans aucune des lois des Barbares[4], si ce n'est dans celle des Ripuaires, que je viens d'expliquer, et dans celle des Lombards.

[1] *Rip.*, 61, 1.
[2] *Ulp.*, *Reg.*, V, 8 ; — GAIUS, I, 78, 84 et 86.
[3] *Papian.*, 37, 5.
[4] Bien plus, les lois des Alamans et des Frisons admettent que, dans les cas,

L'édit de Rotharis, qui sanctionne, en ce qui concerne la femme, la règle germanique des mariages serviles, admet une exception pour l'homme. Il reste libre, mais ses enfants suivent la condition maternelle. Est-ce défaveur contre les bâtards de mésalliance ? Je ne le crois pas. Il suffit, pour expliquer cette disposition, du caractère exceptionnel qu'elle présente. La femme est esclave : suivant les principes du droit germanique, le mari et les enfants devraient l'être aussi. Si l'on a cru devoir apporter une exception à cette règle en ce qui concerne le mari, il est naturel qu'on ne l'ait pas du même coup étendue aux enfants. Le même édit, il est vrai, renferme des dispositions nettement conçues en vue de maintenir les bâtards dans une situation défavorable et très inférieure à celle des enfants légitimes. Je les ai fait connaître sommairement tout à l'heure ; il faut entrer ici dans plus de détails.

L'édit fixe d'abord les parts respectives des enfants mâles dans la succession paternelle : on doublera le nombre des enfants légitimes, on l'augmentera d'une unité et l'on obtiendra ainsi le nombre des parts à faire : les enfants naturels en prendront une seule, qu'ils se partageront. Le surplus appartiendra aux légitimes. La loi reconnait donc aux bâtards un droit d'héritage. Rien n'indique qu'elle l'accorde pour la première fois. Elle semble plutôt le restreindre, si l'on considère que la disposition suivante est une défense faite au père de donner, par testament ou entre vifs, la même part aux bâtards qu'aux légitimes, avant la majorité et sans le consentement de ceux-ci[1]. Si cette défense parut nécessaire, c'est sans doute qu'on pouvait craindre des fraudes à la loi. Cette crainte ne se concevrait guère si la loi eût innové en accordant aux bâtards un droit que la coutume leur eût refusé antérieurement. Elle est toute naturelle, au contraire, de la part du législateur, s'il restreint dans de plus étroites limites le droit de succession reconnu par la coutume aux enfants naturels.

déterminés par elles, où la mère redevient libre, ses enfants le redeviennent aussi (Voyez *Alam. Hloth.*, 18, 4 ; — *Fris.*, VI, 1).

[1] *Roth.*, 154, 155.

Cette induction est confirmée par la suite de l'édit. Ce sont tout d'abord deux articles relatifs au mariage d'un ingénu avec une esclave : nous les connaissons en partie. Ils refusent la qualité d'héritiers aux enfants issus d'un tel mariage, même lorsqu'ils ont été achetés et affranchis par leur père. Tout se passe, pour eux, comme si leur pére n'avait pas obtenu de la loi la faveur toute spéciale de conserver la liberté. Leur naissance ne leur aurait pas donné la qualité d'héritiers, s'il fût devenu esclave : ils ne la possèdent donc point; car l'affranchissement n'a pas pu la leur conférer. L'édit s'occupe ensuite du concours des filles légitimes avec les fils naturels. Il admet alors au partage les proches, « *alios parentes proximos* », et, à leur défaut, le roi « *curtis regia* ». La part des bâtards est, dans tous les cas, du tiers de l'héritage. Celle des proches est du sixiéme. Elle s'élève au tiers, si le défunt n'a laissé qu'une seule fille légitime et pas de sœur. La fille légitime a droit au tiers, si elle est seule ; s'il y a d'autres filles ou une sœur légitime, elles prennent ensemble la moitié de la succession[1]. Ainsi, le droit des bâtards est beaucoup plus considérable en présence des filles légitimes qu'en présence des fils. Il dépasse celui des proches parents, qui ne concourent pas avec ces derniers. Le droit de ces proches n'est trés certainement qu'un reste de droits plus étendus. En outre, nous avons déjà quelque sujet de croire que l'édit de Rotharis a restreint, plutôt qu'augmenté ou créé, le droit des bâtards. Dès lors, ne sommes-nous pas conduits à croire que ce droit et celui des proches sont associés ici dans une commune décroissance, et que l'édit a augmenté le droit des filles légitimes en faisant disparaître celui des bâtardes et en réduisant celui des bâtards?

On sera confirmé dans cette opinion, si l'on considère l'origine visiblement ecclésiastique de la disposition bavaroise qui enlève le droit d'hériter aux enfants nés du commerce du maître avec sa propre esclave, commerce qui ne tombait pas sous le coup des lois contre les mariages serviles. Cette disposition est récente et suppose une coutume ancienne toute

[1] *Roth.*, 156 à 160.

contraire. Le droit que l'on reconnaît au père, chez les Francs, de rappeler ces mêmes enfants à sa succession au rang de leurs frères légitimes, ne peut être, au contraire, que d'origine germanique. Si l'on remarque, enfin, que l'exclusion des bâtards de la succession paternelle date à peine, dans le droit scandinave, du commencement, voire même du milieu du moyen-âge[1], et que la défaveur dont ils sont l'objet va toujours croissant, en France, à mesure que les idées, les mœurs, les coutumes s'y transforment sous l'influence de l'Eglise et du droit romain, on regardera comme tout à fait certaine l'absence de toute distinction dans le droit germanique pur entre eux et les légitimes. Les exemples historiques souvent invoqués en sens contraire vont apporter à cette vérité un témoignage de plus.

Ces exemples sont de deux sortes. Les uns impliquent assimilation des bâtards aux légitimes ; les autres, infériorité des bâtards. Ainsi, Thierry Ier, quoique bâtard, partage sans difficulté avec ses frères la succession de son père, Clovis. De même, Sigebert et Chilpéric, bâtards de Clotaire Ier, recueillent chacun le quart de son héritage, aussi bien que ses fils légitimes Caribert et Gontran. « Tout enfant de sang royal, écrit Grégoire de Tours, est indistinctement compté comme fils de roi, de quelque rang que soit sa mère[2] ». Il n'y a pas trace jusque là de la moindre défaveur à l'égard des bâtards. Lehuërou ne peut citer, pour cette époque, que les noms de Munderic et de Gondowald[3] ; or, si leurs prétentions furent rejetées, ce ne fut pas pour cause de bâtardise, mais parce qu'ils ne parvinrent pas à prouver leur filiation. Plus tard, Dagobert Ier écarte son frère naturel Caribert de la succession paternelle ; mais le jeune prince proteste contre cette exclusion. Il revendique ses droits, et Dagobert est obligé de lui céder l'Aquitaine par une sorte de transaction. Il faut arriver jusqu'à la dynastie carolingienne, issue pourtant d'un glorieux bâtard, pour trouver, dans les faits invoqués, la manifestation de

[1] BEAUCHET, *Loi de Vestrog* , p. 353, n. 7.
[2] GREG. TUR., V, 20.
[3] LEHUÉROU, p. 128.

coutumes défavorables aux enfants naturels. Ceux de Charles Martel et de Charlemagne ne furent pas admis à partager l'héritage de leur père et ceux de l'empereur Arnoul ne furent acceptés que difficilement comme rois par les grands de Lotharingie. La bâtardise, toutefois, ne semble entraîner encore aucun déshonneur, quelle qu'en soit la cause, mésalliance ou concubinage. Les exemples abondent à ce sujet, de Charles Martel à Guillaume le Bâtard[1], sans oublier Arnoul lui-même, fils naturel de Carloman. L'accession des bâtards au trône, en dehors de l'élection et par droit de naissance, semble du reste n'être plus admise dès lors, car nous voyons Charles le Gros en 885, solliciter l'intervention du Souverain Pontife pour faire de son fils naturel l'héritier de sa couronne[2].

Sur le terrain des faits historiques, comme sur celui du droit, la défaveur avec laquelle les bâtards sont traités, apparaît donc comme relativement récente. Elle naît au début de l'époque franque, elle grandit peu à peu pendant toute sa durée. Bien loin de faire partie de la tradition germanique, elle lui est contraire. L'analyse que nous avons faite des dispositions qu'elle inspire nous permet de préciser son origine. C'est à l'influence de l'Eglise et à celle du droit romain qu'elle est due, influence secondée, comme nous l'avons vu notamment pour le droit ripuaire, par les circonstances sociales et par les nécessités politiques.

Ce que les bâtards perdaient d'un côté, ils le regagnaient en partie de l'autre par l'introduction des divers modes de légitimation. La légitimation par mariage subséquent n'apparaît, cependant, pas encore à l'époque franque dans notre pays ; mais nous venons d'y voir paraître, pour la première fois, la légitimation par le Pape. Peut-être la légitimation par le roi était-elle pratiquée dès lors[3]. A coup sûr, les Francs pouvaient

[1] Lehuérou, p. 129 ; — Viollet, *Droit privé*, p. 466, texte et n. 2.

[2] *Annal. Fuld.*, a° 885 ; ap. D. Bouquet, t. VIII, p. 45.

[3] Ci-dessus, n. 2 et texte : « ... *qui per se posse fieri dubitavit, per Pontificem Romanum quasi apostolica auctoritate perficere disposuit...* », disent les *Annales* de Fulde. D'après ce passage, Charles le Gros paraît bien avoir agi d'après les considérations qui décidèrent plus tard Philippe Auguste à agir de même

recourir aux divers modes germaniques d'adoption. Les formules que j'ai déjà citées prouvent qu'ils connaissaient, en outre, une sorte de légitimation testamentaire, dont les effets allaient jusqu'à rendre aux enfants naturels, en matière successorale, le bénéfice de leur ancienne assimilation aux légitimes. Ils n'allaient pas plus loin, d'ailleurs. Il n'y a aucune apparence que les enfants ainsi appelés par leur père à concourir avec leurs frères légitimes, acquissent par là-même de pareils droits sur la succession *ab intestat* de leurs parents paternels[1]. On n'a pas oublié que le père, s'il vivait selon la loi romaine, ne pouvait même tester de la sorte qu'à défaut d'enfants légitimes. Il suffisait, selon la loi lombarde, que ces derniers fussent majeurs et qu'ils donnassent leur consentement[2].

(Cf. Viollet, p. 475). Il se demanda s'il pouvait légitimer lui-même son propre bâtard, et, dans le doute, il s'adressa au Pontife Romain. Ce doute suppose que le roi pouvait déjà légitimer : sans cela, il y aurait eu certitude pour la négative.

[1] Cf. Glasson, *France*, III, p. 36.

[2] Cf. ci-dessus p. 298, texte et n. 2.

CHAPITRE V

CARACTÈRE GÉNÉRAL DE L'AUTORITÉ PATERNELLE A L'ÉPOQUE FRANQUE

I

Les classes serviles.

Le christianisme avait introduit dans le droit romain la notion de la famille servile. Il devait la faire pénétrer aisément dans le droit Barbare. La situation de fait dont l'esclave jouissait en Germanie, et que Tacite nous a fait connaître, semblait préparer à son influence une facile victoire. Il n'en fut rien.

Parmi les arts du luxe, de la bonne chère et de la débauche que les Barbares avaient appris à l'école romaine, figurait, au premier rang, l'art d'exploiter les esclaves. Le nombre de ceux-ci se multiplie au lendemain des invasions et leur situation empire[1]. Tout ce que l'Église semble avoir pu obtenir pour eux, au point de vue familial, en ces temps de calamités et de violences, c'est la reconnaissance purement théorique de leurs unions pour véritables mariages. La loi salique distingue très nettement ces mariages des relations d'un autre ordre[2]. Le quatrième concile d'Orléans déclare nuls ceux qui sont contractés sans le consentement des maîtres et interdit aux clercs de s'en faire les défenseurs[3] : c'est donc que ce consentement les rendait valables, et que les époux, menacés d'être désunis, pouvaient alors se réfugier à l'église et réclamer l'intervention

[1] Voyez Allard, *Mainmortables*, p. 120 et s. ; — Kurth, t. II, p. 113 et s.
[2] *Sal.*, 1er texte, 25, 3 à 9.
[3] Conc. Aurel., IV, c. 24 ; a° 541.

du prêtre en leur faveur. Intervention souvent peu efficace, protection souvent impuissante[1]. En vain la loi reconnaissait le mariage de l'esclave, en vain le prêtre enseignait le caractère sacré de ce lien. La famille servile n'avait qu'une existence précaire. Les maîtres, à quelques exceptions près, s'en mettaient peu en peine. Ils n'hésitaient pas à la disperser au gré de leur intérêt ou de leur caprice. Les rois même donnaient l'exemple. Chilpéric, ayant fiancé sa fille Rigonthe à Recarède, roi des Wisigoths, reçut, en septembre 584, une ambassade chargée de ramener la jeune reine en Espagne. « Rentré à Paris, dit Grégoire de Tours, le roi ordonna d'enlever de nombreuses familles dans les maisons du fisc et de les embarquer dans des chariots. Beaucoup pleuraient et ne voulaient pas partir. Il les fit mettre en prison pour pouvoir les envoyer plus facilement avec sa fille. Beaucoup d'entre eux, dit-on, voyant qu'ils allaient être arrachés à leurs parents, se pendirent de désespoir. Le fils était séparé de son père, la mère de sa fille. Ils partaient en gémissant et en maudissant leurs oppresseurs[2] ».

Lorsque l'interprète goth des constitutions impériales étendait aux domaines des particuliers l'interdiction portée par Constantin pour les domaines du fisc contre des séparations pareilles[3], il faisait œuvre de bon sens et de justice, mais il allait contre les mœurs et les idées le plus communément reçues parmi les barbares. Est-ce à dire que nulle part l'esclave ne pût avoir une famille et vivre avec elle en paix, sur les domaines de son maître ? Assurément non. Les efforts des conciles ne furent certainement pas sans produire quelques résultats. Les formulaires des sixième et septième siècles renferment, comme ceux des âges suivants, des *epistolæ conculcatoriæ*, ces chartes si favorables, par lesquelles le maître concédait à son esclave le privilége de faire souche d'hommes libres[4]. On peut légitimement croire, d'après d'autres formules, que, dès l'époque mérovingienne, bien des gens avaient soin,

[1] Cf. GREG. TUR., III, 15.
[2] GREG. TUR., VI, 45.
[3] Interp. C. Th., I, II, 25 (GODEFROY, t. I, p. 218).
[4] Voyez : ROZIÈRE, n°s 101 et s. ; — *Andegav.*, 58.

lorsqu'ils aliénaient ou affranchissaient un esclave, d'aliéner ou d'affranchir avec lui sa femme et ses enfants[1]. Mais tout dépendait du maître lui-même, à peu près comme jadis dans les forêts de la Germanie. S'il était bon, la sécurité et la joie pouvaient régner au foyer servile. Il suffisait même qu'il fût respectueux de l'autorité sacerdotale et de la foi jurée pour que l'esclave, en se réfugiant à l'église, obtînt une protection efficace contre l'injustice ou la violence. Ces qualités se rencontraient souvent, souvent aussi elles étaient absentes. Les abus de pouvoir, dont la puissance séculière ne se préoccupait guère, et que la puissance ecclésiastique était incapable d'empêcher ou de punir, devaient être et furent nombreux.

Les choses restèrent dans cet état jusqu'à l'avènement de la dynastie carolingienne. L'autorité royale prit alors conscience de sa mission dans la société chrétienne. Elle tint la main à l'observation des lois civiles et des décisions canoniques. L'anarchie fit place à l'ordre, et les esclaves ne furent pas les derniers à profiter de ce changement. Dès le règne de Pépin, les capitulaires viennent constamment en aide aux conciles qui s'efforçaient d'affermir la famille servile sur la double base de l'unité et de l'indissolubilité du mariage. Quiconque a épousé sciemment et régulièrement un esclave, demeure lié à lui pour la vie entière. Bien plus, le mariage de l'homme libre n'est pas dissous lorsqu'il perd sa liberté : sa femme et ses enfants demeurent libres, mais il garde ses droits sur eux[2]. La séparation des membres d'une même famille ne devait pas tarder à être interdite. Il est intéressant de comparer le langage du décret de Verberie à ce sujet avec celui du concile de Châlons en 813. Cette comparaison donne bien la mesure du progrès accompli sous le gouvernement carolingien. Voici comment s'expriment les évêques qui rédigèrent le décret de 758 : « Lorsque deux époux de condition servile ont été séparés par suite d'une vente, il faut les exhorter à rester fidèles l'un à

[1] ROZIÈRE, n[os] 88, 231.
[2] V. notamment : *Décret. Compend.*, a[i] 757, c. 8; — *Décret. Vermer.*, a[i] 758, c. 8, 13, 20; — *Cap leg. add.*, a[i] 803, c. 8; — *Cap. Olonn*, a[i] 822-823, c. 4 (BORETIUS, p. 38, 40, 41, 114, 317).

l'autre si nous ne pouvons les réunir »[1]. On voit paraître ici la tristesse quelque peu découragée que donne aux représentants de l'Eglise le souvenir d'une longue impuissance. Ils n'osent pas encore, tant l'abus est enraciné, ordonner cette réunion qu'ils souhaitent et qu'ils s'efforcent d'obtenir. Tout autre est le langage des évêques assemblés à Châlons en 813: « On nous a rapporté, disent-ils, que certains maîtres abusent de leur pouvoir et rompent le mariage légitime de leurs esclaves, sans tenir compte de la parole évangélique : « Que l'homme ne sépare pas ce que Dieu à uni ». C'est pourquoi nous jugeons à propos d'interdire de semblables ruptures, même lorsque les deux époux n'appartiennent pas au même maître. Que chacun d'eux serve le sien sans préjudice de leur union. Ceci s'entend des mariages contractés régulièrement et avec le consentement des maîtres[2] ». Il est probable que ce canon passa intégralement dans la législation civile, car nous le retrouvons à peu près textuellement dans un recueil lombard du XI[e] siècle, le *Liber papiensis*, qui le donne comme extrait d'un capitulaire de Charlemagne[3].

L'Eglise avait ainsi obtenu le respect du mariage de l'esclave. Le sort des enfants qui en naissaient devait, semble-t-il, être, de sa part, l'objet de dispositions toutes semblables, afin qu'ils ne fussent pas séparés de leurs parents. Ces dispositions, cependant, ne se trouvent nulle part. Une des formules angevines de l'époque mérovingienne nous montre, au contraire, deux maîtres se partageant les enfants et le pécule de leurs esclaves. Le mariage avait été contracté sans leur consentement : ils le ratifient, et conviennent que les deux tiers des enfants seront au propriétaire de la mère, tandis que celui du père prendra les deux tiers du pécule[4]. Une réponse de Charlemagne à l'un de ses *missi* laisse entrevoir l'existence d'usages semblables au IX[e] siècle. « Vous m'avez demandé, dit-il, si les enfants issus du mariage d'un esclave avec la fille

[1] *Décret. Vermer.*, c. 19 (BORETIUS, p. 41).
[2] Conc. Cabill., a[1] 813, c. 4 (LABBE, VII, p. 1278).
[3] BORETIUS, n° 105, c. 12, p. 218.
[4] *Form. Andegav.*, 44 (GIRAUD, II. p. 452).

d'un colon doivent appartenir au maître du colon ou à celui de l'esclave. Considérez donc ce qui se passerait si votre esclave avait épousé la servante d'un autre, ou l'esclave d'un autre votre servante. Voyez à qui de vous deux leurs enfants devraient appartenir et appliquez la même règle au cas en question, car tout ce qui n'est pas libre est serf[1] » ;

Le partage des enfants d'esclaves était donc admis par la coutume et par l'autorité civile et l'on ne voit pas que l'Eglise ait rien fait pour y mettre obstacle. Doit-on s'en indigner ? Oui, répond quelque écrivain superficiel et sentimental. « Cette loi barbare... était l'annihilation complète de la famille. Mieux valait la rupture de ces unions que cette séparation violente des enfants d'avec leurs parents. Ceux-ci étaient réduits à envier le sort des animaux que l'on laissait en liberté obéir aux lois de la nature[2] ». Ce jugement n'est pas équitable. Il n'est pas question, dans les textes que l'on cite, de séparation violente, ni même d'une séparation quelconque. Il s'agit d'attribuer à tel ou tel maître la propriété de tel ou tel enfant, rien de plus. La famille n'est par là nullement annihilée. Le père est l'esclave de celui-ci ; la mère appartient à cet autre : en résulte-t-il que leur union soit dissoute et qu'on les arrache à leur foyer ? On les unit, tout au contraire ; on s'engage à les laisser vivre ensemble. Pourquoi dès lors transformer l'attribution d'une partie des enfants à l'un des maîtres en une dispersion violente et cruelle des membres de la famille ? Si ces enfants sont jeunes encore, ils ne constituent qu'une charge : le maître a tout intérêt à ne pas les enlever à leurs parents. S'ils sont en âge de travail et qu'ils aient l'emploi de leurs forces à l'entour du toit familial, leur maître n'a aucun avantage à les en éloigner. Si leur présence est inutile, il les fera partir, sans doute ; mais ce ne sera guère avant l'âge où ils seraient partis d'eux-mêmes, s'ils eussent été libres, pour gagner leur vie plus loin. Il est à croire d'ailleurs que les mariages en question ne se contractaient guère qu'aux limites

[1] *Resp. miss. dat.*, c. 1 (BORETIUS, n° 58, p. 145).
[2] BERNARD, p. 82.

de deux domaines, entre habitants de *villæ* voisines. Le paysan n'avait à cette époque ni motif de se déplacer, ni facilité pour le faire. Il n'y a pas d'apparence qu'il prît jamais femme loin de chez lui. Les ménages dans lesquels les deux époux appartenaient à deux maîtres différents se trouvaient ainsi fixés à proximité des terres de l'un et de l'autre, et leurs enfants pouvaient dans la suite, sans quitter la demeure paternelle, servir chacun de son côté.

Les probabilités qui autorisent cette manière d'envisager la condition des familles serviles sont d'autant plus fortes que cette condition évoluait alors très activement vers le servage. « On peut dire sans crainte de se tromper, écrit Paul Allard, que dès le milieu du xe siècle, au moment des dernières convulsions de la dynastie carolingienne, il n'y avait plus, en France, d'esclaves proprement dits, et que la royauté capétienne y trouva l'esclavage partout absorbé par le servage. D'après Guérard, ce serait même dès le commencement du xe siècle que le servage aurait succédé en France à toutes les classes enfermées dans l'ancienne servitude [1] ».

Aussi bien, faut-il se garder d'identifier, au point de vue juridique, l'autorité du père serf ou esclave sur ses enfants avec celle que le père de condition libre exerce sur les siens. Celle-ci existe à l'égard de tout le monde, celle-là n'a pas d'existence à l'égard du maître auquel le père et les enfants appartiennent. L'une est une autorité de droit, l'autre une autorité de fait. C'est à peine si, dans les classes sociales qui s'échelonnent entre la pleine liberté et la servitude complète, on aperçoit quelque ombre de *mundium*. Le lite du roi, en Saxe, paraît avoir sa femme en sa puissance, car il l'achète et la loi lui donne le droit de l'acheter où il voudra. Il en est, du reste, tout autrement de ses filles, car le même texte lui refuse le droit de les vendre [2].

Est-il besoin d'ajouter que l'esclave ne laissait pas d'héritage?

[1] ALLARD, *Mainmortables*, p. 133; Cf. *ibidem*, p. 125 et s.; 129 et s.; GUÉRARD, *Polypt. Irmin.*, I, p. 274. Voyez aussi les très justes observations de M. VIOLLET, *Droit privé*, p. 312, 313.

[2] *Sax.*, 65 : « *Lito regis liceat uxorem emere ubicumque voluerit; sed non liceat ullam feminam vendere* ».

Il arrivait souvent que ses enfants conservaient la jouissance de son pécule, mais c'était en vertu d'une concession du maître. L'affranchi lui-même ne transmettait pas son patrimoine. Bien plus, ses descendants, jusqu'à la troisième génération, du moins chez les Ripuaires, n'avaient pas d'autres héritiers que le fisc. Peu importait le mode employé pour l'affranchissement. L'*homo denarialis* n'était pas plus favorisé à cet égard que le *cartularius*[1]. L'un et l'autre, il est vrai, pouvaient tester, mais seulement par tradition entre vifs ou par affatomie[2]. L'affranchi qui voulait donner ses biens à ses enfants se trouvait ainsi obligé d'attendre que leur âge ou leur situation[3] leur permît de prendre part à ces actes : il s'exposait alors à mourir intestat. Voulait-il éviter ce risque ? Il transmettait ses biens à un tiers chargé de les remettre, en temps convenable, à qui de droit.

Cette confiance était trop souvent trompée. Un diplôme de Louis le Pieux nous l'apprend et nous fait connaître en même temps que le recours à l'empereur était le seul moyen offert à l'affranchi pour assurer pleinement l'exécution de ses dernières volontés, lorsqu'il ne pouvait tester au profit de ses enfants dans les formes germaniques. « La cupidité, dit ce prince, a pour effet ordinaire d'empêcher que les biens du défunt ne soient transmis à ses enfants par ceux qui les tiennent de sa confiance... Craignant cela, notre fidèle Albéric, autrefois esclave de notre seigneur et père, le très pieux prince Charles, dont la clémence le gratifia de la liberté, a fait appel à notre bienveillance. Il nous a prié de lui accorder un privilège en

[1] *Cap. Leg. Rib. add.*, a° 803, c. 9, 10 (*L. Rib.*, 57, 64). Il faut observer toutefois que la loi Ripuaire ne désignait auparavant le fisc comme héritier qu'à défaut d'enfants du défunt (*Rib.*, 57, 4 ; 61, 1). Le fisc occupe probablement en tout ceci la place qui appartenait antérieurement à l'ancien maître de l'affranchi. Celui-ci perdit ses droits de très bonne heure (Voyez GLASSON, *Succession barbare*, p. 35, texte et n. 3).

[2] Cf. *Cap. Aquisgran.*, c. 6 (BORETIUS, n° 77, p. 171) : « *De his qui a litterarum conscriptione ingenui fuerint*, SI SINE TRADITIONE *mortui fuerint, hereditas eorum ad opus nostrum recipiatur*... ». Le diplôme que je vais citer ne laisse du reste aucun doute sur ce point.

[3] Ils pouvaient, en effet, se trouver éloignés ou être dans l'esclavage sans que leur père pût encore les en tirer.

vertu duquel, s'il venait à être surpris par la mort sans avoir pu faire tradition ou disposer des biens meubles et immeubles justement et légalement acquis par lui depuis qu'il est libre, ses enfants n'en seraient pas moins assurés de les recevoir de notre largesse... Son zèle et son dévouement à notre égard nous ont déterminé à faire droit à sa requête. C'est pourquoi nous avons décidé de lui concéder et délivrer, en vertu de notre autorité impériale, les présentes lettres, par lesquelles nous décrétons et ordonnons que si notre dit fidèle, surpris par mort subite ou autre accident, décède *intestat*, faute d'avoir pu faire tradition de ses biens ou en disposer avec les solennités exigées par la coutume, les enfants qu'il aura laissés recevront et posséderont ces mêmes biens à titre de concession de notre part et pourront en disposer à leur guise par acte de dernière volonté »[1].

La situation que ce texte nous révèle ne pouvait, bien entendu, se présenter que pour l'affranchi vivant selon la loi franque. L'*homo romanus* testait à la romaine. Il est possible d'ailleurs, mais on ne saurait l'affirmer, que ses enfants aient perdu le droit de lui succéder *ab intestat* que leur reconnaissait les lois de Rome. Nous venons de constater, en effet, que le fisc, à l'époque franque, tend à se poser partout comme l'unique héritier légitime des affranchis.

II

Les classes ingénues.

Nous n'avons pas à nous occuper ici de la parentèle germanique. Les individus qu'elle englobe sont unis par le lien du sang, mais il n'existe entre eux aucune communauté nécessaire ; ils ne sont pas nécessairement soumis à la même autorité. La famille, au contraire, admet entre ses membres d'autres liens que ceux de la parenté naturelle, mais elle suppose nécessairement communauté de vie et soumission au même pouvoir.

[1] Rozière, n° 121 (*Form. Carpent.*, 52).

La parentèle est cognatique[1]. Les cognats, descendant des mêmes ancêtres, avaient primitivement à Rome des *sacra familiaria* communs, « un droit et un devoir spécial de vengeance », leur place aux assises solennelles des familles différentes auxquelles ils appartenaient[2]. Il en est de même en Germanie. A l'époque franque, sans doute, il ne saurait être question de rien qui réponde aux antiques *sacra*; mais les membres de la parentèle ont part à la réception et au paiement du wehrgeld[3], ainsi que, dans les circonstances graves, au conseil de la famille. Ils ont même certains droits de succession sur lesquels je reviendrai tout à l'heure.

La famille est agnatique. Nous avons déjà pu nous en convaincre dans la première partie de cette étude ; nous en verrons encore plus d'une marque. Là même où les cognats peuvent prétendre quelque chose, c'est aux agnats que la part du lion est faite. Il en est ainsi pour les successions et pour les assemblées de famille ; pour le wehrgeld aussi, dont les trois quarts leur sont attribués[4]. Nous voyons ainsi chez les barbares comme aux origines de Rome[5], une famille patriarcale et agnatique coexister avec une parenté cognatique, source de certains droits et de certains devoirs.

« L'agnation et la cognation[6], écrit Heusler, ne sont donc pas les membres d'un même corps, d'un même système de parenté. Ce sont des organes appartenant à deux organismes opposés, celui de la communauté domestique, fondée sur le *mundium* ; et celui de la parentèle, fondée sur le lien du sang.

[1] Voyez Heusler, II, p. 272 : « *Die Sippe ist durchaus cognatisch* ».

[2] Rivier, p. 34 à 36.

[3] *Sal.* (1er texte), 62 ; — Voyez aussi le titre 58, qui appelle à figurer dans la procédure de la *chrenecruda* les parents maternels du meurtrier insolvable.

[4] *Sal.* (1er texte), 62 ; la première moitié du wehrgeld va aux fils, qui sont des agnats ; la seconde se partage : un quart aux parents paternels (agnats), un quart aux parents maternels (cognats).

[5] Est-il nécessaire d'ajouter que jamais l'agnation ne prit chez les Barbares le développement excessif, l'importance démesurée que nous lui voyons acquérir à Rome ? Cette différence tient sans doute à celle des tempéraments et des situations ; mais elle est certainement due aussi, en grande partie, aux causes qui empêchèrent le *mundium* d'évoluer vers un type analogue à la *patria potestas*. J'ai déjà indiqué ces causes ; j'y reviendrai plus loin.

[6] *Schwertmagen und Spillmagen.*

Ce qui distingue vraiment l'une de l'autre les notions de famille et de parentèle[1], ce n'est pas, par conséquent, l'étendue plus ou moins grande du cercle de parenté qu'elles embrassent... c'est la différence même qui existe entre les liens de la communauté domestique et ceux de la parenté naturelle, entre ceux de la soumission au même *mundium* et ceux du sang, entre ceux de l'agnation et ceux de la cognation[2] ».

La famille seule est une société. Seule elle se présente à nous comme un être collectif organisé, malgré la multiplicité de ses éléments constitutifs, vivant de sa vie propre et d'après ses lois spéciales, ayant son gouvernement particulier. Nous n'avons à nous occuper que d'elle seule. Il importait cependant pour éviter toute confusion, de la séparer de la parentèle. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner si l'une est chez les Germains plus récente que l'autre. Il suffira d'observer que la famille et le mariage sont certainement contemporains parmi eux[3], et de rappeler que l'inexistence du mariage à leur époque primitive n'est encore qu'une hypothèse discutable et discutée.

C'est sur le mariage que la société familiale repose. Le mari, nous le savons, achète, au moins symboliquement, sa femme. Les droits, qu'il acquiert ainsi sur elle, ont encore quelque ressemblance lointaine avec le droit de propriété. Elle ne peut évidemment pas s'en affranchir et l'union qu'elle contracte est, pour elle, indissoluble. Il peut, au contraire, la rompre, même sans raison; mais, la répudiation devient, en ce cas, une injure pour la famille de la femme, et la disposition de la loi bavaroise, qui donne à cette famille le droit de réclamer alors une composition[4], n'est sans doute que l'expression d'une très antique coutume. La loi des Burgondes va plus loin, probablement sous l'influence du christianisme. Non seulement elle condamne la femme infidèle qui chasse ou quitte son mari, à être étouffée dans la boue, selon les anciens usages, mais elle fixe limitativement

[1] *Familie und Sippe.*
[2] HEUSLER, II, p. 274.
[3] HEUSLER, II, p. 273, 274.
[4] *Bajuv.*, VIII, 14.

les causes qui donnent au mari le droit de renvoyer sa femme. S'il ne réussit pas à la convaincre d'adultère ou de maléfice, ou de violation de sépulture et qu'il la chasse, il sera forcé de la reprendre, en payant une amende et son wehrgeld, à moins qu'il ne préfère s'en aller lui-même et la laisser avec ses enfants maîtresse de tout le patrimoine[1]. Les principes de l'Eglise, sur le divorce, devaient donc tôt ou tard devenir ceux du droit franc. Leur victoire, cependant, se fit attendre. C'est seulement au IXe siècle qu'elle s'affirme, grâce aux prohibitions formelles des capitulaires ; encore n'est-elle pas absolument complète[2]. L'influence du droit romain ne paraît pas étrangère à ce retard. Plusieurs des formules de divorce qui nous sont parvenues, se réclament de ses principes, ou s'appliquent à des divorces par consentement mutuel. Les coutumes qu'elles nous révèlent ne sont donc pas d'origine barbare[3].

La règle : « *pater is est quem nuptiæ demonstrant* » détermine le droit du mari sur les enfants nés de sa femme. Ce droit n'est pas essentiellement différent de celui qu'il a sur elle. C'est également une sorte de propriété fondée non seulement sur ce que les enfants sont issus de lui, mais encore sur ce que leur mère lui appartient. C'est ce qui ressort avec évidence d'une disposition singulière de la loi des Alamans. Lorsqu'une femme mariée a été enlevée, les enfants qu'elle a du ravisseur n'en ont pas moins, d'après cette loi, le mari pour père : c'est lui qui a le *mundium* sur eux s'ils sont vivants, et, s'ils ont été tués, le droit de réclamer leur wehrgeld[4].

Cette notion de quasi-propriété qui se présente ainsi dès l'abord comme l'une des bases de l'autorité du père ne rabaisse d'ailleurs pas plus la mère au niveau de l'enfant que l'enfant au niveau de l'esclave. En fait, il ne paraît pas douteux qu'elle ne fût très étroitement associée à l'exercice du pouvoir paternel. Humble et soumise à l'égard de son mari, elle commande à ses enfants, dirige sa maison et ne reste pas

[1] *Burg.*, XXXIV, 1 à 4.
[2] Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 444, 445 ; — KRAUSE, n° 193, c. 3, p. 18.
[3] *Andegav.*, 56 (GIRAUD, II, p. 457) ; — ROZIÈRE, 110 à 114.
[4] *Alam. Hloth.*, 51, 2 et 3.

étrangère aux affaires de la famille. Un concile de Nantes nous apprend même que, dans les régions environnantes, les femmes se mêlaient aux assemblées politiques et prenaient part à leurs délibérations : abus contraire aux lois divines et humaines, disent les évêques, et, renvoyant ces féministes d'antan filer et tisser leur laine, ils interdisent aux filles et aux veuves consacrées à Dieu de se rendre au plaid sans leur autorisation [1].

Il est rare que le père soit seul mentionné dans les textes qui nous font connaître la vie domestique de l'époque franque. Ce sont les parents que l'on blâme d'avoir exposé ou vendu un nouveau-né. Ce sont les parents que l'on exhorte à faire instruire et à corriger leurs enfants. S'agit-il de faire une donation à l'un de ceux-ci, de l'offrir à un monastère, de le fiancer, de lui constituer une dot, de le conduire à l'autel pour la bénédiction nuptiale, ce sont les parents qui parlent et qui agissent [2]. Ce sont encore les parents que les lois salique et ripuaire appellent à la succession quand le défunt n'a pas laissé de descendants [3]. La mort du père ne fait assurément pas perdre à la mère, bien qu'elle tombe alors juridiquement en tutelle, tous les avantages de cette situation de fait [4]. L'autorité parentale dont nous avons rencontré quelques germes dans le droit romain se fait jour de plus en plus dans les mœurs et les coutumes franques : « Des mœurs simples et imprégnées de l'esprit chrétien, écrit M. Paul Viollet, une association vraie entre les époux, je ne sais quel souffle civilisateur, ont transformé peu à peu, sans y jeter la révolution, l'état domestique.... Le roi de la famille s'est peu à peu rapproché de son premier serviteur et l'a associé insensiblement à son autorité : ainsi se sont lentement formées les mœurs modernes... Ce courant régénérateur remonte très

[1] Conc. Namnet., c. 19 (LABBE, IX, p. 473). La date de ce concile est incertaine. Il est antérieur à 850, puisque Benedictus Levita en insère deux canons dans son recueil.

[2] Voyez les textes cités dans les précédents chapitres.

[3] *Sal.*, 62, 1 (*emend.*); — *Rib.*, 56, 1; — Cf. *Burg.*, 24, 3 et 4; 53, 3; — *Thuring.* VI, 6.

[4] Cf. ci-dessus, p. 288 et s.

haut[1] ». Nous en voyons à présent les sources, nous en suivrons plus tard la marche jusqu'à nos jours.

Ces sources sont toutes chrétiennes. Le culte des ancêtres avait fondé la royauté du père; le christianisme, en le remplaçant au foyer domestique, apportait une seconde couronne, qu'il mit au front de la mère. La religion restait d'ailleurs le principal fondement de la société familiale. Le mariage et l'autorité paternelle recevaient d'elle, comme autrefois, le caractère sacré sans lequel ces deux autres bases de la famille ne peuvent être que chancelantes. Les superstitions antiques, incompatibles avec elle, durent céder devant les efforts de ses prêtres et de ses conciles, non sans une résistance dont nous avons constaté la ténacité[2]. Mais elle laissa subsister, elle fortifia même les notions, les sentiments, les coutumes qui n'étaient pas contraires à ses enseignements.

La maison, le foyer restent entourés d'un inviolable respect. Le droit de vengeance, que les lois civiles reconnaissent encore aux proches de la victime d'un meurtre, expire au seuil de la demeure du meurtrier. Chez les Alamans, la violation de cet asile transforme la vengeance en assassinat. Il en est de même chez les Frisons. Au milieu du x[e] siècle, en Angleterre, cette violation est punie de mort, si le roi le juge à propos, et les biens du coupable sont, en tous les cas, confisqués[3].

Les tombeaux ne sont pas moins sacrés qu'autrefois. Porter la main sur eux, c'est offenser toute la famille de ceux dont les corps y reposent. Nous avons vu ce crime inscrit par le législateur Burgonde, entre l'adultère et les maléfices, au nombre des causes de divorce[4]. Partout il donne lieu au paiement d'une composition extrêmement élevée[5]. Chez les Wisigoths, le coupable est, en outre, puni de cent coups de fouet[6]. La loi salique l'oblige à payer comme pour un meurtre,

[1] P. VIOLLET, *Droit privé*, p. 507, 508.
[2] Cf. ci-dessus, p. 75; — *Bened. Lev.*, III, 197 (BALUZE, *Capit.*, t. I, p. 957).
[3] *Alam.*, *Hloth.*, 45, 1 et 2; — *Fris. add.*, I, 1; — *Leg. Edm.*, c. 6 (ap. HOUARD, *Coutumes*, I, p. 131).
[4] *Burg.*, 34, 3.
[5] *Rib.*, 54; — *Roth.*, 15; — *Wisig.*, XI, II, 1 et 2; — *Sal.*, 17, 2; 57, 5 et 6.
[6] *Wisig.*, XI, II, 1 et 2.

et prononce de plus contre lui, par deux fois, une peine terrible qui le met à la merci des parents du défunt. C'est une sorte d'excommunication civile analogue à l'antique l'interdiction de l'eau et du feu. « Si quelqu'un a déterré ou dépouillé un mort après la sépulture, qu'il soit proscrit, c'est-à-dire chassé du district, jusqu'à ce qu'il ait composé avec les parents du mort et que ceux-ci aient demandé pour lui la liberté de demeurer dans son pays. Quiconque lui aura donné auparavant le pain ou l'hospitalité, quand ce serait sa propre femme, paiera quinze sous d'or[1] ». Les profanations moins graves donnent lieu à des compositions moins fortes. Il me suffira de citer ici celle de soixante-deux sous d'or, que doit payer à la famille celui qui s'est permis d'enterrer un étranger dans la tombe de l'un des siens.

Nous apercevons ici une nouvelle marque de la solidarité étroite, rigoureuse, universelle, qui unit les membres de la société familiale. C'est elle qui fait de la famille franque une société complète, un véritable petit État autonome, ayant son roi, son assemblée, son tribunal. La juridiction domestique, née de la solidarité, et dans l'exercice de laquelle la solidarité se manifeste avec éclat, nous est assez connue sans qu'il soit besoin d'y revenir. Le droit et le devoir de vengeance consacrés par la loi, même chez les plus civilisés des barbares, révèlent à leur tour ce caractère de la constitution familiale. Chez les Wisigoths, on se le rappelle, ceux qui détournent une mineure et l'excitent à la débauche sont livrés, avec ceux qui les emploient, aux parents de leur victime. Or, le motif de cette décision n'est autre que le devoir de vengeance résultant de la solidarité. « Celui-là sera leur juge, dit la loi, que la parenté désigne comme le vengeur légal de ce crime[2] ». Aussi, n'est-ce pas seulement le coupable ou le chef de la famille qui verse ou qui reçoit la composition, mais la famille entière. La loi saxonne met à la charge des proches de l'assassin le tiers de la condamnation pécuniaire[3]; celle des Frisons en attribue

[1] *Sal.*, 57, 5 et 6; Cf. 17, 2.
[2] *Wisig.*, III, 3, 11; Cf. ci-dessus, p. 217.
[3] *Sax.*, 19.

le tiers aux proches de la victime[1]. La loi salique en donne la moitié aux enfants de celle-ci, l'autre moitié à ses proches[2]. Les uns et les autres accompagnent l'accusé au tribunal et jurent avec lui de son innocence[3]. Nous avons vu la même solidarité se manifester dans la procédure de la *chrenecruda*, de bonne heure abolie; dans les coutumes relatives aux fiançailles et au mariage; dans la copropriété familiale.

Celle-ci s'est elle-même révélée à nous par les restrictions apportées au droit d'aliénation soit entre vifs, soit testamentaire; par la distinction entre les acquêts et les propres; par le partage entre le père et ses enfants usité chez les Burgondes, chez les Bavarois et peut-être aussi chez les Francs. Elle dérive directement de la solidarité. C'est parce que tous les membres de la famille sont unis par des liens étroits que la famille forme un être collectif, possédant seul, par tous et pour tous, le commun patrimoine. S'ils sont, d'ailleurs, unis de la sorte, ne l'oublions pas, ce n'est pas seulement parce qu'ils ont même origine et que le même sang coule dans leurs veines : c'est encore parce qu'ils vivent ensemble de la même vie morale et de la même vie matérielle, habitant ensemble, travaillant et luttant ensemble, gardant les mêmes souvenirs, attachés aux mêmes traditions, soumis à la même autorité domestique. Ainsi fondé sur la solidarité, et avec celle-ci, sur la communauté d'existence et d'habitation, le principe de la copropriété familiale domine l'organisation et l'évolution du régime des successions à l'époque franque.

Nous le trouvons encore, au début de cette époque, mêlé à quelques restes des temps où la propriété immobilière était inconnue. Lorsque les Germains cessèrent d'être pasteurs nomades pour devenir agriculteurs sédentaires, chaque famille se fixa au sol, mais ne posséda tout d'abord en propre que l'habitation de ses membres et la cour qui lui servait de dégagement. Au-delà de cette enceinte, close par une haie et dont un sillon sacré avait d'abord marqué les limites, la terre était

[1] *Fris.*, I, 1.
[2] *Sal.*, 65, 1 et 2; — Cf. *Sal. cap. extr.*, 15.
[3] *Burg.*, 8; Cf. *Chamav.*, 10, 11; — *Sal.*, 63, 1 : « *de juramento* ».

commune. Peu à peu, l'on s'appropria un domaine plus vaste, sur lequel la collectivité à laquelle la famille appartenait n'eut plus aucun droit. Ces communautés de village disparurent elles-mêmes par la suite. Elles ne subsistent plus, après les invasions, que dans quelques endroits, où elles semblent avoir conservé quelque chose de leur organisation primitive. A la mort du père de famille, elles cherchent à enlever à ses enfants, malgré la loi salique, les champs qu'il cultivait. Elles y réussissent souvent, semble-t-il, lorsqu'il n'a laissé que des filles ; presque toujours lorsqu'il a pour héritiers ses frères ou ses sœurs. Chilpéric est obligé de rendre un édit pour imposer silence à ces prétentions, qui nous reportent aux siècles reculés, où la propriété familiale des terres venait seulement d'apparaître parmi les Germains[1].

Il pourrait sembler au premier abord que l'évolution du communisme primitif vers la copropriété familiale dût s'arrêter après avoir atteint ce dernier terme, et, par l'extension de la famille avec le temps, s'orienter de nouveau vers le communisme. Mais, par cela même que le besoin d'une appropriation particulière du sol s'est fait sentir et que les avantages de cette appropriation ont été goûtés, ce retour en arrière cesse d'être possible. Ce n'est pas la propriété qui redevient commune, c'est la famille qui se resserre de plus en plus. Les circonstances l'y forcent du reste, car elle n'a plus devant elle, pour étendre ses possessions, les vastes solitudes sans maître de la Germanie. Il faut bien qu'elle se divise et qu'elle essaime, lorsqu'elle compte plus d'individus que ses terres n'en peuvent faire vivre. Ceux qui restent sur son domaine en ont seuls leur part, mais ils l'ont, quel que soit leur degré de parenté, ordinairement proche. Nous rencontrerons encore, au moyen-

[1] *Chilp. edict.*, 3 (a[is] 561-584) ; — BORETIUS, n° 4, p. 8. Je reviendrai tout à l'heure sur cet édit. Les *vicini* dont il parle ne sont évidemment ni des collatéraux, ni des voisins ordinaires. Ils prétendent, en effet, primer les collatéraux aussi bien que les descendants. En outre, ce texte suppose que tout le monde n'a pas des *vicini* : or, tout le monde a des voisins. Il est probable que ces *vicini* sont les habitants des *vici* opposés ici à ceux des *villæ*. Les *vici* formaient, sembe-t-il, des communautés de village (*Sic :* GLASSON, *Successions barbares*, p. 20 ; — Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 818 ; — FUSTEL DE COULANGES, *Recherches*, p. 302, n. 4 et 5 ; — LEHUÉROU, p. 54 ; — HEUSLER, II, p. 574).

âge, des traces de cette organisation ancienne de la communauté familiale. Ces traces sont nombreuses à l'époque franque. Les lois lombardes appellent les collatéraux à la succession, concurremment avec les enfants naturels et les filles, lorsqu'il n'y a pas de fils[1]. Celle des Thuringiens déclare que le devoir de vengeance, le droit au wehrgeld et la terre sont dévolus au même héritier. C'est ce que, longtemps auparavant, Tacite avait déjà noté dans sa Germanie[2]; et la loi salique groupe ces divers droits de la même manière dans son chapitre sur *l'abdicatio parentelæ*[3]. Or, nous le savons, partout et notamment chez les Francs, les collatéraux concourent avec les descendants à la poursuite, à la réception et au partage du wehrgeld. De nombreux exemples historiques nous montrent les collatéraux préférés aux descendants en matière de succession ou les supplantant de vive force ; « et ces entreprises, observe M. Paul Viollet, n'ont pas, si je comprends bien les mœurs de ce temps, le caractère absolument inique et odieux qu'elles auraient de nos jours. L'opinion publique n'est pas nettement hostile à ce système successoral[4] ». J'ai signalé enfin le caractère souvent spoliateur de la tutelle de l'agnat sur son pupille. « Ce singulier protecteur, dit le savant que je viens de citer, est ordinairement l'oncle paternel : sa tutelle peut être considérée comme une épave des droits de succession qu'il a un moment partagés avec son neveu »[5].

Ces droits, d'ailleurs, il les avait perdus, en principe, depuis longtemps. Dès l'époque de Tacite, ce sont les descendants qui héritent. A plus forte raison héritent-ils à l'époque franque. C'était le terme naturel de l'évolution qui tendait à resserrer de plus en plus les limites de la communauté familiale. Mais déjà ce terme est dépassé. La copropriété cède de toutes parts la place à la propriété individuelle. Le courant qui entraîne vers celle-ci les mœurs et les institutions a emporté le droit

[1] *Roth.*, 158-160.
[2] *Thuring.*, VI, 5 ; — TACITE, *Germ.*, 32 ; — Cf. FUSTEL DE COULANGES, *Recherches*, p. 236 et s.
[3] *Sal.*, 60 (*Emend.*, 63).
[4] VIOLLET, *Droit public*, I, p. 247 ; — Cf. *Ibid.*, p. 248 et LEHUÉROU, p. 102 à 107.
[5] VIOLLET, *Droit privé*, p. 822.

d'aînesse, né jadis du besoin d'assurer à la communauté l'unité de gouvernement qui lui était nécessaire. De ce droit, c'est à peine s'il reste quelque faible trace dans la loi salique[1]. C'est qu'il a cessé d'être utile. Le régime de la division et du partage a succédé à celui de l'indivision. La communauté familiale a vu sa durée se restreindre dans la même mesure que son étendue. Bornée aux parents et à leurs descendants, elle se dissout à la mort des premiers, et les derniers se partagent le domaine pour s'établir chacun chez soi : c'est l'égalité qu'ils réclament. Les liens de solidarité qui existent d'autre part entre eux sont assez nombreux et assez forts pour qu'on n'éprouve nullement le besoin de confier à l'aîné, en lui assurant un privilége, la mission de les maintenir. La communauté est si bien dissoute à la mort du père, chez les Lombards du VIIe siècle, qu'elle ne subsiste même pas dans le cas où le partage n'a pas lieu immédiatement. Les acquisitions des fils, qui lui profitaient autrefois, leur restent toutes propres. Les héritiers ont chacun leur patrimoine dans lequel figure une part indivise de l'héritage. Ils n'ont plus de patrimoine vraiment commun[2].

L'égalité est donc, à l'époque franque, la règle des partages ; le partage tend à devenir la règle des successions. Il y a des exceptions à l'une et à l'autre. Nous savons que le père peut déroger à la première, dans une certaine mesure, au moyen de la donation entre vifs ou du testament. Le texte même que je viens de citer nous montre que la seconde est encore loin d'être absolue. Elles n'en sont pas moins, la première surtout, des règles générales. C'est là, sans doute, le signe d'un changement considérable dans les idées et dans les mœurs germaniques ; mais la transformation opérée dans les croyances et dans les conditions politiques, économiques, sociales, de l'exis-

[1] *Sal.*, 44 (*Emend.*, 46). Le *reipus* est attribué à l'aîné de ceux qui sont appelés éventuellement à le recevoir.

[2] *Roth.*, 167 : « *Si fratres post mortem patris in casa communi remanserint, et unus ex ipsis in obsequio regis aut cum judice aliquas res acquisierit serviendo, habeat sibi* IN ANTEA *absque portione fratrum, nec quod foris in exercitu acquisierit commune sit cum fratribus. . et si quis alicui de suprascriptis fratribus garathinx fecerit, habeat in antea ille cui factum fuerit.* »

tence des barbares, par suite de leurs migrations et de leur mélange avec les populations romaines, suffit à en rendre raison.

La notion de la copropriété familiale et la coutume de partager le patrimoine à la mort du père ne devaient pas seulement engendrer dans le droit barbare le principe d'égalité entre les copartageants[1]. Tôt ou tard, le droit pour les petits-fils de représenter à la succession de leur aïeul leur père prédécédé devait en résulter à son tour. Ces descendants étaient membres de la communauté domestique ; ils avaient droit, comme tels, à vivre des biens communs. Aussi longtemps que la mort de leur aïeul n'amena pas la dissolution de cette communauté, la question de concours à la succession ne se posa pas entre eux et leurs oncles. Il devint, au contraire, indispensable de la résoudre lorsque la mort de l'aïeul fut ordinairement suivie d'un partage. L'idée de copropriété familiale était trop profondément gravée dans l'esprit des barbares, la solution qu'elle dictait en faveur de la représentation était trop rationnelle et trop équitable, pour que cette solution ne s'imposât pas quelque jour. Elle prévalut en effet, mais lentement, et non sans le secours de l'influence romaine et chrétienne. La représentation est très loin d'être admise partout à la fin de l'époque franque : à la fin même de l'ancien Régime, nous la verrons encore rejetée par quelques coutumes. C'est que l'évolution tend à déroger ici à d'antiques usages[2], et s'opère à l'avantage des faibles, des mineurs, et au détriment de ceux qui ont l'autorité et la force. L'idée traditionnelle qui l'engendre n'est d'ailleurs pas contraire en elle-même, nous venons de le voir, aux prétentions de ces derniers. S'ils peuvent se fonder sur elle pour exclure les enfants de la succession de leur père, comment ne les autoriserait-elle pas à exclure les petits-enfants de la succession de leur aïeul ? Celui-ci pouvait se refuser à admettre cette exclusion : mais que de temps ne faut-il pas à l'effort d'individus isolés pour

[1] J'ai montré ailleurs que cette égalité n'est pas une conséquence nécessaire de la notion de copropriété familiale (Cf. ci-dessus, p. 10, 11).

[2] Voyez Glasson, *Successions barbares*, p, 22, 23.

changer la coutume surtout, si d'autres sont intéressés à la maintenir et si l'effort fait pour s'y soustraire ne se renouvelle au même lieu qu'à de rares intervalles ! Or, c'était forcément chose peu fréquente que la réunion de ces deux circonstances : la mort d'un aïeul laissant, outre ses fils, des petits-fils orphelins ; et l'existence d'un acte de dernière volonté appelant ces derniers à l'héritage avec leurs oncles. Un esprit perspipace et réfléchi pouvait aussi remarquer que le principe traditionnel ne s'appliquait plus dans les conditions traditionnelles et devait, par conséquent, entraîner d'autres conséquences ; mais ce ne sont pas les esprits réfléchis qui font la coutume, c'est la masse ; et si la raison brille souvent d'un vif éclat dans son œuvre, le temps et l'expérience ont en cette œuvre beaucoup plus de part que le raisonnement.

Pour laborieuse et lente qu'elle dût nécessairement être, l'introduction de la représentation dans la coutume n'en est pas moins commencée de toutes parts à l'époque franque. Elle a lieu au sixième siècle chez les Burgondes et chez les Francs[1], au septième chez les Wisigoths et chez les Lombards[2]. Le décret de Childebert, qui l'opéra chez les Francs, ne reçut pourtant qu'une application locale et passagère. Nous possédons plusieurs formules de testament qui constatent l'exclusion légale des petits-fils par les fils, et qui ont pour objet d'empêcher l'application de la loi[3].

L'exclusion des filles en vertu du privilège de masculinité est encore plus jalousement maintenue. Ce privilège est, lui aussi, une manifestation de la copropriété familiale[4] : c'est à ce titre qu'il nous intéresse et que je dois, pour achever l'étude de la société domestique à l'époque franque, faire connaître maintenant son évolution.

[1] *Burg.*, 75, 1 et 2; 78, 1 et 2; — *Décret Child.*, a° 596, c. 1 (BORETIUS, p. 15).

[2] *Wisig.*, IV, II, 18; IV, V, 4; — *Grimoald.*, 5. Je ne mentionne pas la loi des Saxons, c. 46, que l'on cite ordinairement à ce propos. Ce texte ne concerne pas la représentation, mais le privilège de masculinité, en vertu duquel il appelle le petit-fils, non pas à concourir avec ses tantes, mais à recueillir la succession de préférence à elles.

[3] ROZIÈRE, n° 131 à 134.

[4] Il a pour but, en effet, de conserver à la famille les biens familiaux que la femme lui enlèverait en se mariant après les avoir recueillis ou en les recueillant après son mariage.

On admet, le plus souvent, que cette évolution s'est opérée dans un sens favorable au droit des femmes. Cette opinion, qui a pour elle des autorités considérables[1], a été très fortement combattue par un maître éminent dans l'histoire du droit, M. Glasson. Il s'est appuyé pour cela sur le classement chronologique de tous les textes barbares en la matière, ainsi que sur l'examen du sens théorique et de la portée pratique de chacun d'eux. « On voit, écrit ce savant, qu'en suivant l'ordre de date de la rédaction des lois barbares, nous constatons une tendance marquée à accentuer sans cesse la préférence au profit des mâles. Notre conclusion est ainsi en sens contraire et en sens inverse de celle qu'adoptent certains auteurs en étudiant ces lois sans tenir compte des époques où elles ont été écrites, et en s'inspirant seulement des conjectures pour distinguer ce qui est ancien de ce qui est nouveau[2] ». Il nous sera permis, cependant, pourvu que nous ayons soin de ne pas mériter ces derniers reproches, de reprendre les textes dans l'ordre de leur apparition et de chercher à en déterminer exactement le sens, la portée, l'origine, avant de fixer notre opinion et de prendre parti dans cette importante controverse.

Si nous remontons jusqu'à Tacite, nous rencontrons deux textes qui nous sont déjà connus. Le premier donne pour héritiers au père de famille ses enfants, « *liberi* »[3]. Les filles peuvent se trouver comprises sous cette désignation. Il se peut aussi que l'historien n'ait pas plus pensé à elles qu'il ne pense aux autres parentes collatérales, lorsque sans dire qu'elles soient exclues, il se borne à mentionner comme héritiers dans cette ligne les frères et les oncles : « *fratres, patrui, avunculi* ». Admettons cependant qu'il faille traduire « *liberi* » par « les fils et les filles ». Qu'en résulte-t-il ? Que les filles ont des droits de succession, rien de plus. Si l'on croit que les Germains

[1] Voyez notamment : VIOLLET, *Droit privé*, p. 823-825 ; — PARDESSUS, p. 697 ; — LEHUÉROU, p. 93 ; — FUSTEL DE COULANGES, *Recherches*, p. 240 et s. ; 245 ; — KOENIGSWARTER, p. 160, 162, 176 ; — Cf. HEUSLER, II, p. 574 ; — SCHULTE, p. 518, n. 2 ; — GRIMM, p. 407.

[2] GLASSON, *Successions barbares*, p. 14 ; Cf. *Ibid.*, p. 4 et s.

[3] TACITE, *Germ.*, 20.

ignoraient la propriété des terres, ces droits de succession ne peuvent être que mobiliers. Si l'on estime qu'ils pratiquaient la propriété familiale, ces droits peuvent fort bien n'être que mobiliers : Tacite ne le dit pas; mais il ne dit pas non plus que les filles héritent des immeubles.

Son deuxième texte[1] nous apprend que chez les Tenctères, peuple de cavaliers, le cheval de bataille d'un défunt est compris dans la catégorie de ses biens dont on fait le plus grand cas. Cette catégorie renferme, en outre, les biens familiaux, le foyer, les droits héréditaires de vengeance, de serment, de *mundium* : « *familia, penates, jura successionum* ». Tacite nous le dit incidemment, comme il va nous dire incidemment à qui ces biens sont dévolus. Ce n'est pas l'objet de ses remarques; il ne prétend signaler, en cela, rien qui soit spécial aux Tenctères et les distingue des autres Germains. Leur trait particulier, c'est leur passion pour les chevaux, passion qui se manifeste jusque dans la coutume juridique par cette double exception : placer le cheval de guerre parmi les biens de famille, dont le fils aîné prend le gouvernement à la mort du père ; en attribuer la propriété à celui des fils qui est le plus fort et le plus brave, même s'il n'est pas l'aîné. Fustel de Coulanges semble donc bien près de la vérité, lorsqu'il infère de là que les femmes, chez les Germains, et non seulement chez les Tenctères, étaient exclues de la succession, en ce qui concerne le patrimoine, le foyer, les droits héréditaires[2]. A coup sûr, si l'on compare le second texte au premier, on ne peut s'empêcher de reconnaître qu'il offre à l'induction une base autrement sérieuse et solide. La plus probable des deux opinions fondées sur l'autorité de Tacite est donc celle qui admet cette exclusion. En combinant les deux passages, on se trouve conduit à croire que les femmes avaient en principe la capacité d'hériter, comme le premier peut le donner à entendre; mais qu'elles étaient exclues, tant qu'il existait des héritiers mâles, des biens mentionnés dans le second. Il paraît difficile

[1] TACITE, *Germ.*, 32.
[2] FUSTEL DE COULANGES, *Recherches*, p. 236 et s.

d'aller plus loin, encore n'est-ce là qu'une conjecture, et les probabilités qu'elle présente sont-elles contrebalancées par les probabilités en sens contraire fournies par la loi salique. Nous allons voir, en effet, que les rédacteurs de celle-ci semblent avoir voulu consacrer, en donnant aux femmes certains droits successoraux, une coutume récente et encore malassise.

Il se pourrait donc que le droit des Francs, postérieurement à l'époque de Tacite, et sans doute grâce aux relations fréquentes de ces peuples avec les Gallo-Romains, se fût modifié dans un sens favorable aux femmes. Admettons toutefois que, même primitivement, l'exclusion de ces dernières se bornait aux propres immobiliers. C'est exactement ce que décide la loi salique[1]. Toutes ses rédactions admettent les femmes à la succession mobilière. Les plus anciennes leur refusent la capacité d'hériter de la terre, « *terra* ». Elles ne disent pas que toute terre, quelle qu'elle soit, *omnis terra*, doit appartenir aux héritiers mâles, mais que la terre tout entière, « *tota terra* », leur est réservée. Cette expression évoque des temps où la copropriété de tribu ou de clan subsiste encore presque partout à côté de la copropriété de famille. Celle-ci ne s'étend qu'à un seul domaine ; il ne peut y avoir dans la succession qu'une terre, et c'est la terre familiale. Plus tard, le régime économique change. Les acquêts immobiliers apparaissent. Ce ne sont pas des biens héréditaires ; ils ne viennent pas des ancêtres ; rien ne s'oppose à ce que les femmes en prennent leur part. Elles y seront donc admises, non pas, comme on a pu le croire, grâce à un progrès législatif réalisé en leur faveur sous des influences canoniques ou romaines, mais simplement parce que rien ne les en exclut. Dès lors, les anciennes rédactions de la loi cessent d'être suffisamment précises. Elles prêtent à des confusions préjudiciables aux héritières. Il devient nécessaire de les modifier, et d'indiquer exactement de quelle terre celles-ci sont exclues. Aussi les rédactions plus récentes désignent-elles cette terre sous le nom de terre salique. Il n'y a là nulle modification du droit. Son expression se fait seulement plus précise, justement parce que l'on ne veut pas le modifier.

[1] *Sal.*, 1er texte, 59 ; *emend.*, 62 ; sous la rubrique « *de alodis* ».

Les formules témoignent de cette identité entre la terre familiale et la terre salique. Elles nous éclairent en même temps sur la terminologie usitée en matière de succession à l'époque franque, c'est-à-dire à l'époque où furent rédigées les lois barbares, et par là sur la portée qu'il convient de donner à ces diverses lois. « Chacun sait, dit l'une d'elle, que d'après la loi salique, tu ne pouvais en aucune façon, ma très douce et aimante fille, prendre part avec tes frères, mes fils, à la succession des biens qui sont venus de mes parents — *ex alode parentum* ». Le testateur déclare ensuite sa volonté de donner à sa fille la même part qu'à ses fils aussi bien dans les propres que dans les acquêts : « *tam ex alode parentum quam ex meum contractum mihi advenit* ». « C'est parmi nous, lit-on ailleurs, une coutume ancienne, mais impie, que les sœurs ne viennent pas avec leurs frères au partage de la terre paternelle — *de terra paterna*... C'est pourquoi, par cette lettre, ma très douce fille,... je t'institue héritière légitime et égale à tes frères pour toute ma succession, afin que tu aies la même part qu'eux tant des propres que des acquêts, des esclaves ou de notre mobilier et de tout ce que nous laisserons en mourant, — *tam de alode paterna quam de comparatum vel mancipia aut prœsidium nostrum vel quodcumque morientes relinqueramus*[1] ». On emploie donc volontiers, à l'époque franque, les expressions « *terra salica, terra paterna, alodis parentum* » comme synonymes. La loi des Ripuaires use dans le même sens de l'expression « *hereditas aviatica*[2] ». Les propres sont désignés dans celle des Alamans sous le nom de

[1] Rozière, n[os] 135, 136.

[2] *Rib.*, 56, 4 : « Toute terre pouvant devenir *aviatica*, dit M. Glasson, l'exclusion des femmes est déjà plus large que dans la loi salique, bien que les termes de cette loi semblent plus généraux » (il s'agit des anciennes rédactions « et ceux de la loi des Ripuaires plus restrictifs ». M. Glasson admet que les plus anciennes rédactions de la loi salique se réfèrent à une époque où la terre du foyer, la terre familiale, est la seule susceptible de propriété privée; et que les rédactions plus récentes, ainsi que la loi ripuaire, se réfèrent à une époque où toute terre est susceptible de propriété privée. Dès lors, on ne voit pas très bien en quoi l'exclusion des femmes est plus large dans la loi des Ripuaires et dans les remaniements de la loi salique que dans le droit primitif des Francs. Ce droit, il est vrai, n'exclut les femmes que d'une terre; mais c'est la seule qui soit susceptible de propriété privée. Plus tard, sans doute, la femme se trouve exclue de

« *hereditas paternica*[1] ». Ce terme d'*hereditas* est employé constamment, dans le titre « *de alodis* » de la loi salique, pour désigner les mêmes biens que cette rubrique, c'est-à-dire les propres. Quand nous lisons ensuite dans la loi des Thuringiens, sous la même rubrique, une série d'articles relatifs à la dévolution de l' « *hereditas* », nous en concluons qu'il s'agit encore des propres. Si l'on compare aux autres lois celles des Burgondes, des Bavarois et des Saxons, ou reconnaîtra qu'elles ont exactement le même objet. C'est donc seulement de la succession aux propres que les femmes sont exclues par ces diverses lois ; aucune ne les exclut des acquêts.

Ceci posé, il est bon d'observer que, si les lois salique et ripuaire admettent les filles à partager avec les fils les propres mobiliers, c'est vraisemblablement par une innovation en leur faveur. Donner aux femmes le droit de recueillir la succession mobilière à leur rang de parenté, tel paraît être, en effet, l'objet principal du chapitre « *de alodis* », si l'on en juge par son ensemble et même par les termes employés. — Que les femmes héritent des meubles, mais non de la terre, — voilà tout l'ensemble. Dans la première partie, la loi est conçue en termes impératifs : « *succedat, succedant* » ; dans la seconde, en termes énonciatifs : « *de terra vero nulla in muliere hereditas pertinebit...* ». Cela semble indiquer un droit nouveau, une coutume récente dont il faut fixer l'indécision. Les femmes héritent-elles ? Oui, disent les uns ; non, disent les autres ; et le législateur, intervenant, répond : « Qu'elles héritent des meubles ; mais la terre continuera de ne pas leur être dévolue ». Les lois qui excluent les filles de la succession, aux propres mobiliers, quoique postérieures, ne font donc, selon toute probabilité, que consacrer un droit plus ancien[2].

plusieurs terres, au lieu d'une, s'il y en a plusieurs qui soient propres; mais elle est admise à prendre sa part de toutes celles qui ne le sont pas. Jadis elle ne pouvait hériter d'aucun immeuble; plus récemment elle peut en acquérir un nombre illimité par succession. A quelle époque l'exclusion est-elle la plus large ? Il faut bien répondre : autrefois (Voyez GLASSON, *Successions barbares*, p. 9 et 10).

[1] *Alam. Hloth.*, 57, 1.

[2] La loi des Thuringiens est la seule qui prononce clairement cette exclusion. Les lois des Burgondes (14, 1), des Alamans (57, 1), des Bavarois (14, 8), des Lombards (*Roth.*, 158 et s. ; — *Liutpr.*, I, 1), des Saxons (41, 44), se bornent à déférer

Demeurées, en ce point, étrangères au progrès accompli par leurs aînées, elles en ont réalisé d'autre part de beaucoup plus considérables. Tandisque les lois des Saliens et des Ripuaires[1] excluent les filles des propres immobiliers tant qu'il existe des héritiers mâles, celles des Burgondes, des Alamans, des Lombards et des Saxons, toutes d'une date plus récente, les admettent à recueillir ces biens à défaut seulement de fils[2]. Il en est probablement de même de celle des Bavarois[3]. La forme impérative, les expressions employées par celles des Burgondes et des Saxons[4] donnent à penser qu'il y avait là une innovation. Cette innovation est certaine dans le droit Lombard, où nous pouvons suivre la marche ascendante du droit des filles. Admises par Rotharis à concourir avec les fils naturels et les proches parents en l'absence de fils légitimes, elles reçoivent de Liutprand le droit d'écarter entièrement les proches et de réduire les bâtards à la portion que des fils légitimes leur auraient laissée[5]. Ajoutons, pour achever cette

l' « *hereditas* », d'une façon générale, soit aux fils de préférence aux filles, soit aux filles à défaut de fils. Or ce mot de « *hereditas* » est certainement employé dans la loi ripuaire pour désigner seulement les propres immobiliers. Il n'est donc pas absolument certain qu'il ait plus de portée dans les autres lois et que les filles y soient exclues même des propres mobiliers.

[1] Ceci est contesté pour l'une et l'autre loi. L'opinion de M. Glasson, qui admet pour l'une et l'autre l'exclusion des filles tant qu'il existe des héritiers mâles, est très solidement établie et je crois devoir m'y ranger (Voyez GLASSON, *Successions barbares*, p. 17 à 19; — Cf. PARDESSUS, *Loi salique*, p. 717 et les textes des deux lois : *Sal* 59, 5 (62, 6); — *Rib.*, 56, 4.

[2] *Burg.*, 14, 1; — *Alam.*, 57, 1; — *Roth.*, 158 et 1; — *Liutpr.*, I, 1; — *Sax.*, 44. Je n'ai pas besoin de faire autrement ressortir combien grave est la restriction apportée ainsi à l'exclusion primitive des filles. Que l'on admette ces dernières aux propres mobiliers ou qu'on les en exclue, le principe de l'attribution du foyer et de la terre patrimoniale à la famille demeure intact. Que cette terre, au contraire, puisse passer aux filles, et par elles à des étrangers, par cela seul qu'il n'y a pas de fils, c'est presque le rejet de ce principe. C'est un symptôme manifeste de son amoindrissement progressif et de l'évolution qui s'accomplit en faveur du droit des filles dans la succession.

[3] *Bajuv.*, 14, 8.

[4] *Burg.*, 14, 1 : « *Inter Burgondiones, id volumus custodire ut... in loco filii. filia... succedat* ». — *Sax.* 44. « *Qui defunctus non filios, sed filias reliquerit, ad eas omnis hereditas pertineat. Tutela vero earum fratri vel proximo paterni generis deputetur* ». La tutelle n'est probablement ici, comme en d'autres cas analogues, qu'un reste des droits antérieurs de l'oncle ou du plus proche parent paternel sur l'hérédité.

[5] *Roth.*, 158 et s.; — *Liutpr.*, I, 1.

analyse de la législation barbare, que la loi des Wisigoths, rompant visiblement avec la coutume sous l'influence de l'Eglise et du droit romain, appelle les filles à partager la succession de leurs parents avec les fils, et que la loi des Chamaves, par une disposition qui lui est particulière, attribue aux fils l'hérédité de leur père et aux filles celle de leur mère[1].

De ce résumé fidèle des coutumes et des lois germaniques depuis l'époque de Tacite jusqu'à celle de Charlemagne, plusieurs conclusions se dégagent, les unes certaines, le autres seulement probables, mais d'une probalité que confirme toute la certitude de celles-là.

Il est probable, pour ne pas dire certain, que les filles furent totalement exclues de la succession paternelle à l'époque primitive. Cette exclusion subsistait sans doute dans toute sa rigueur au temps de Tacite. Plus tard encore, les lois des Saliens et des Ripuaires paraissent innover en appelant les femmes à la succession des propres mobiliers. Il est certain que, de toutes les lois postérieures à ces dernières, celle des Thuringiens est la seule qui consacre un droit aussi rigoureux en n'appelant les filles aux propres mobiliers qu'à défaut de fils et en leur préférant, pour les propres immobiliers, les parents paternels mâles jusqu'au cinquième degré[2]. Ce droit n'est autre que le droit même de l'antiquité germanique. Toutes les autres lois, celles des Burgondes, des Alamans, des Saxons, réalisent sur les lois antérieures un progrès considérable en faveur des filles, qu'elles font passer immédiatement après les fils. Les lois des Lombards révèlent avec une netteté plus grande encore la lente transformation qui s'opère en ce sens à l'époque franque dans l'esprit du droit germanique et dans les mœurs des peuples germains. La loi des Wisigoths, le langage des formules indiquent clairement les influences auxquelles il faut attribuer cette transformation. En regard de tant de lois et de coutumes qui atténuent progressivement la préférence antique au profit des mâles, en trouve-t-on du moins une seule

[1] *Wisig.*, IV, II, 1 et 9; — *Chamav.*, 42.
[2] *Thuring.*, I, 1 à 9.

qui l'accentue, par rapport au droit primitif, ou dont les remaniements aient eu pour effet de l'accentuer? Il n'y en a pas. Nous sommes donc en droit de conclure que l'évolution du droit, en ce qui concerne la dévolution du patrimoine à la mort du père, s'est effectuée lentement, mais constamment, dans un sens favorable au droit des filles, et que cette évolution est due à l'influence de l'Eglise et du droit romain[1].

La généralité de cette conclusion est confirmée par l'édit de Chilpéric, qui accorde aux filles, pour les terres des communautés rurales, la préférence sur les *vicini*, préférés eux-mêmes auparavant[2]. Ainsi se manifeste très clairement, sur un point spécial, l'évolution que nous venons de constater. Est-ce à dire que l'édit ait fait disparaître entièrement l'antique privilège de masculinité? Assurément non, et l'on ne s'explique pas que Fustel de Coulanges ait pu le prétendre[3]. Il ne s'agit là ni de propres ni d'acquêts, mais des terres des communautés rurales. L'édit ne change rien à la loi salique; il modifie seulement les règles spéciales qui attribuaient jadis ces terres

[1] Même en admettant que, dans certaines lois, l'exclusion des filles ne soit pas bornée aux propres, cette conclusion subsiste. Ce fait, s'il était réel, ne saurait modifier en rien ce que j'ai dit du droit de Tacite et du caractère nouveau des dispositions favorables aux femmes qui se rencontrent dans les lois des Saliens, des Ripuaires, des Burgondes, des Saxons. Il laisserait intacts les arguments décisifs que fournissent les lois des Wisigoths et des Lombards, et les formules. Enfin, il n'empêcherait pas que les lois ainsi interprétées, quant aux acquêts, dans le sens d'une rigueur étrangère aux lois salique et ripuaire, n'allassent beaucoup plus loin que celles-ci dans la voie favorable aux filles en les admettant aux propres immédiatement après les fils. Il faut remarquer, du reste, que la loi des Thuringiens ne saurait en aucune façon recevoir cette interprétation extensive. Son titre Ier est intitulé « *de alodibus* »; or, on sait que dans le langage de l'époque en matière successorale, ce mot signifie *patrimoine* et s'oppose au terme de *comparatum*, employé pour les acquêts. En outre, elle divise ces *alodes* en deux catégories : les objets mobiliers, que la fille peut recueillir à défaut de fils; la terre, appelée du nom caractéristique d'*hereditas* comme dans la loi ripuaire, et qui ne passe de la lance au fuseau qu'à défaut de parents paternels mâles du 5e degré. Tout ce titre est donc manifestement spécial aux propres, à la terre héréditaire, familiale, qui ne doit passer à la fille, et par elle à des étrangers, que si la famille elle-même peut être considérée comme éteinte. C'est le droit de la loi salique et de la loi ripuaire. J'insiste, en cette discussion, sur la loi des Thuringiens, parce que son caractère à la fois récent et rigoureux l'a fait choisir comme l'une des principales bases de l'opinion que je discute.

[2] *Edict. Chilperici*, c. 3 (Boretius, p. 8); — Cf. ci-dessus, p. 318, texte et n. 1 et Glasson, *Successions barbares*, p. 19, 20.

[3] Fustel de Coulanges, *Recherches*, p. 245, texte et n. 3.

aux *vicini* à défaut de fils. Enfin, les filles demeurent exclues de ces terres, lorsqu'il y a des fils. Quant au décret de Childebert, invoqué en faveur de l'opinion que j'ai cru devoir adopter, son intérêt est à peu près nul en la question. Son objet est d'introduire la représentation dans le droit franc, et il paraît supposer que les fils et les filles se partageaient antérieurement la succession sans que les enfants de leurs frères ou sœurs prédécédés y fussent admis[1]. Cela ne nous apprend rien. Nous savions en effet que les fils et les filles étaient appelés à recueillir ensemble même les « *res aviaticas* » visées par le décret, ceux-ci prenant les terres pour eux seuls, et partageant les meubles avec celles-là.

On se sera étonné, sans doute, qu'il ne fût plus question, dans le droit barbare, du privilège d'aînesse, conséquence primitive de la copropriété familiale[2], tandis que le privilège de masculinité s'y montre encore profondément enraciné. C'est que la notion de copropriété familiale engendre ce dernier quelles que soient les circonstances, comme l'unique moyen de conserver à la famille les biens qui lui appartiennent. Elle engendre, au contraire, nous l'avons vu, tantôt l'aînesse et tantôt le partage égal suivant que les circonstances économiques et sociales entraînent, pour les générations successives, vie commune ou dispersion. Lorsque ces générations demeurent groupées autour du foyer des ancêtres, il faut un chef à la communauté familiale pour la diriger, la représenter, garder son culte et posséder en son nom le foyer et la terre qui l'entoure : de là le droit d'aînesse primitif. Lorsque la communauté familiale se restreint à une ou deux générations, et que l'usage, issu de l'intérêt ou de la nécessité, s'introduit pour les enfants de quitter le toit paternel, afin de s'établir à part ou de chercher

[1] *Décret. Child.*, c. 1 (Boretius, p. 15). Si l'on traduit « *vel* » par « ou bien » et non par « et », dans les expressions « *nepotes ex filio vel ex filia* » « *avunculos vel amitas* », qui se lisent en ce texte, on lui fait indiquer les filles comme héritières à défaut de fils. Il supposerait alors que l'exclusion des filles n'avait plus lieu chez les Ripuaires à cette époque qu'à égalité de degré. Ce serait un argument de plus en faveur de ma conclusion (Cf. Glasson, *Successions barbares*, p. 21, 22).

[2] Cf. ci-dessus, p. 319, 320.

ailleurs fortune, il faut que l'indivision cesse. La notion de copropriété familiale engendre alors, suivant les cas, soit le partage égal, soit le privilège du dernier né[1]. Telles sont précisément les raisons de l'absence d'aînesse dans le droit barbare; raisons qui n'ont rien à voir avec l'esprit ou les principes du droit germanique, absence toute accidentelle et qui devait cesser le jour où les circonstances rendraient l'aînesse nécessaire. Ce fut justement ce qui arriva. « Le droit d'aînesse, écrit M. Paul Viollet, s'est formé peu à peu avec le régime du fief, et voici comment. Il était naturel qu'un suzerain se préoccupât d'avoir affaire, pour les diverses services qui lui étaient dus, à une seule et même personne et non à plusieurs héritiers. Ce résultat pouvait être obtenu de diverses manières. Le système de l'aînesse fut le plus généralement adopté[2] ». Il se développa de la sorte à la fin de l'époque franque en même temps que l'hérédité des bénéfices et la féodalité. Nous verrons plus loin la suite de son évolution dans nos coutumes.

Cette aînesse nouvelle, comme l'aînesse primitive, le privilège de masculinité, les droits des collatéraux, l'exclusion des ascendants et des moines[3] en matière successorale, tous ces

[1] Ce privilège, appelé aussi droit de mainneté ou de juveigneurie, consiste en ce que le plus jeune fils a droit, par préférence, aux biens que le droit d'aînesse ferait attribuer à l'aîné. « On s'est quelquefois égaré, dit M. Paul Viollet, à la recherche de ses origines. C'est tout simplement la consolidation d'un usage que la nécessité a rendu fréquent chez les petites gens. A la mort du père, les aînés sont souvent pourvus; le plus jeune, resté dans la maison, prend naturellement la place du père. Que ce fait se répète à plusieurs reprises, et il deviendra le droit, alors même que les circonstances qui l'expliquaient et le justifiaient ne se rencontraient plus : telle est, à nos yeux, l'une des origines du droit de maineté » Viollet, *Droit privé*, p. 842.

[2] Viollet, *Droit privé*, p. 839, 840; — Cf. Lehuërou, p. 94, 108, 109. On s'accorde généralement, depuis Montesquieu, à voir dans le partage de l'empire, en 817, une des premières manifestations du droit d'aînesse. Il faut remarquer, cependant, que si Lothaire devient empereur, ce n'est pas en qualité d'aîné, mais en vertu d'une élection; et que s'il reçoit certains privilèges, ce n'est pas non plus comme aîné, mais comme empereur (Cf. Montesquieu, *Esprit des lois*, 31, 3; — Lehuërou, p. 111; — Glasson, *Successions au moyen-âge*, p. 19).

[3] L'exclusion des moines est, comme l'aînesse féodale, de date relativement récente. Une lettre de Nicolas Ier, citée plus haut, p. 226, n. 3, fait clairement entendre qu'elle était entrée dans la coutume à l'époque carolingienne. A l'époque mérovingienne, au contraire, les moines et les moniales héritaient de leurs parents (Voyez Pardessus, *Diplomata* : *Proleg.*, p. 213; t. II, p. 15, n° 257 et p. 251, n° 449).

traits révélateurs de l'organisation du royaume paternel chez les Francs, manifestent également leur conception de l'autorité appelée à gouverner ce royaume. Une société autonome, une communauté domestique, dont tous les membres sont unis les uns aux autres dans une étroite solidarité et soumis à un gouvernant fort, tel est parmi eux le type de la famille. Un pouvoir souverain, mais non arbitraire, représentant la famille dans ses rapports avec l'extérieur, maintenant à l'intérieur l'unité et l'ordre, confié à celui que la nature des choses, les événements, parfois l'élection, désignent comme le plus digne et le plus capable, tel est parmi eux le type de l'autorité domestique. La capacité de fait est pour eux, en cette matière, comme en matière de majorité, la règle de la capacité de droit. C'était une nécessité sociale, au sein de la barbarie germanique et dans le désordre des invasions, de ne confier le patrimoine matériel et moral de la famille qu'à un homme capable de le conserver et de le défendre. La force ne créait pas le droit ; le droit n'était pas confondu avec la force. Mais l'intérêt même du droit exigeait qu'il ne reposât pas sur une tête faible.

Tandis qu'à Rome l'autorité paternelle était restée, jusqu'au dernier stade de son évolution, fondée, comme au premier, sur le droit divin du père, elle perdit de bonne heure ce fondement primordial chez les Francs, qui embrassèrent en touchant le seuil de la civilisation de nouvelles croyances. J'ai suffisamment fait connaître le caractère originel du *mundium* germanique et l'influence qu'exercèrent sur lui les notions chrétiennes de l'autorité et de la paternité. J'ai montré comment, sous cette influence, l'idée de protection, accessoire à l'institution primitive, prit de jour en jour une importance plus considérable et finit par devenir l'un des traits essentiels et saillants du *mundium* de l'époque franque. L'autorité du roi s'était constituée dans les tribus germaniques sur le modèle de celle du père. Elle en avait pris le nom. Le royaume était considéré comme un patrimoine, soumis aux règles ordinaires des successions. Le roi recevait le *reipus* et *l'achasius* dus pour les secondes noces des veuves dont le premier mari ne

laissait pas de proches parents[1]. Père de tous, il exerçait les droits familiaux sur tous ceux dont la famille ne comptait plus que lui pour membre. Chez les Frisons, il partage avec le père la composition imposée au ravisseur d'une jeune fille. Ce n'est pas une amende que la loi lui attribue de la sorte. Elle n'a qu'un nom pour la triple condamnation qu'elle prononce au profit du roi, du père et de la jeune fille, et ce n'est pas le nom de *fredum*, que l'on donne à la satisfation due au trésor royal pour les crimes qui portent atteinte à la paix publique ; c'est celui de *wehrgeld*, que l'on donne à la satisfaction due à la famille pour les crimes capitaux commis contre ses membres[2]. La paternité du roi ne s'affirmait donc pas seulement à défaut de celle du père. Elle revendiquait parfois des droits égaux et contemporains ; parfois même, des droits supérieurs. Le pouvoir politique tenait ainsi beaucoup du pouvoir familial. Il eut à son tour, dans la suite, une influence considérable sur ce dernier. C'est par la porte de l'intérêt royal que la notion chrétienne de l'autorité pénétra dans le monde barbare. Le roi d'abord, et puis le père, cessèrent d'être uniquement les représentants, les chefs, les juges de la tribu et de la famille pour devenir, au même degré, les protecteurs et, en quelque sorte, les serviteurs des sociétés et des individus soumis à leur gouvernement.

Le *mundium* paternel ainsi transformé à l'exemple du *mundium* royal réagit à son tour sur l'organisation de la nation franque. La famille était restée le type auquel les Francs ramenaient la plupart de leurs conceptions sociales. Ce type ne pouvait changer sans que ces conceptions fussent modifiées en même temps de la même manière. C'est ainsi que le compagnonnage perdit peu à peu le caractère d'association accidentelle et purement militaire que nous lui avons reconnu chez les Germains de Tacite, pour devenir, sous le nom de vassalité, une annexe permanente de la famille[3]. Le seigneur et ses fidèles sont unis les uns aux autres par des liens qui

[1] *Sal.*, 46, 11 ; *cap. extrav.*, 7.
[2] *Fris.*, IX, 8.
[3] Voyez VIOLLET, *Droit privé*, p. 626 et s. ; 634 et s.

rappellent ceux de la paternité et de la filiation. Ces liens ne peuvent se rompre que pour des causes très graves[1]. Les fidèles entrent au conseil de leur seigneur ; ils opinent sur ses affaires privées et lui sur les leurs ; ils sont gouvernés, jugés par lui, comme les membres d'une même famille[2]. Il les fait vivre et ils sont ses hommes.

Ainsi se révèle une fois de plus l'influence profonde, décisive, que la constitution de la famille et de l'autorité paternelle exerce sur le sort des sociétés. Nous pouvons aussi discerner par là très clairement la part du christianisme et celle des coutumes germaniques dans la formation des institutions familiales françaises. Les Germains possédaient la notion de la solidarité qui maintenait une cohésion profonde entre tous les membres de la famille. L'honneur et l'intérêt de chacun d'eux étaient liés à l'honneur et à l'intérêt des autres ; ils avaient le sentiment de leur unité. Les Germains possédaient encore le double principe d'autorité et de capacité, qui assurait à la famille un chef armé de pouvoirs étendus et capable de les exercer. Ils se présentaient ainsi comme une race admirablement préparée pour l'action civilisatrice du christianisme. Celui-ci n'avait pas à rejeter leurs idées traditionnelles, mais seulement à les élever et à les élargir. Il apportait une conception plus haute de la capacité, mesurée par les Francs à la valeur guerrière et à la vigueur physique. L'autorité, confondue par eux avec la personne du chef, forte ou faible, annihilée ou despotique, selon le caractère de celui qui l'exerçait, était placée désormais au-dessus des faiblesses humaines. Elle s'imposait, dans la dignité impersonnelle de sa divine origine, à celui-là même qui en était dépositaire. Elle devenait plus noble et, en même temps, plus stable et plus douce. La solidarité,

[1] Voyez Boretius, *Cap. Carol. Mag. adscr.*, n° 104, c. 8. Ces causes sont au nombre de cinq. Le vassal peut quitter son seigneur si celui-ci attente à sa liberté ; s'il a prémédité de lui ôter la vie ; s'il a séduit sa femme ; s'il s'est emporté jusqu'à tirer l'épée contre lui ; s'il a manqué au pacte de vassalité en négligeant volontairement de prendre la défense du vassal. (Comparez avec les causes pour lesquelles un père a le droit d'exclure ses enfants de l'héritage chez les Lombards : *Roth.*, 168, 169).

[2] Voyez les faits et les textes cités par Lehuérou, p. 150 à 152, 159 ; — Cf. *Cap. Carisiac.*, c. 6 (a° 877 ; Krause, p. 357).

sans cesser d'engendrer la fidélité et le sentiment de l'honneur, se complétait de la fraternité chrétienne, engendrant le dévouement et l'amour.

La transformation, d'ailleurs, fut très lente. Elle est peu sensible sous les Mérovingiens. C'est seulement sous les Carolingiens que les notions chrétiennes parviennent à prévaloir. Deux dynasties, cinq siècles : voilà la mesure du temps et des efforts nécessaires pour cette évolution de la famille et de la société barbares. Elle n'est pas encore achevée à la fin de l'époque franque : mais le monde nouveau est enfin formé, la civilisation nouvelle va prendre son essor.

TROISIÈME PARTIE

LE MOYEN-AGE ET LES TEMPS MODERNES

(Du XI[e] au XVIII[e] Siècle)

PRÉLIMINAIRES

Les origines et la formation de nos institutions familiales ont fait successivement l'objet des pages qui précèdent : la plus importante partie de ma tâche est achevée. Ce sont les faits antérieurs au XIe siècle, ceux même des plus lointains passés, qui expliquent ces institutions, font comprendre leur caractère et leur destinée, donnent la clé de toute leur histoire. Les voici maintenant formées. Le lent travail d'élaboration qui commence au moment où leurs éléments originaires se trouvent mis en présence par les conquêtes et la conversion de Clovis est enfin venu à son terme après six cents ans de durée. Les lois et les coutumes des Francs sont devenues, en se fixant au sol, les lois et les coutumes de la France. La féodalité est née. La renaissance qui se prépare pour le droit romain fait déjà sentir son influence. Bientôt les recueils de Justinien se substitueront à ceux d'Anien et de Théodose. Les textes que l'on en tire se font nombreux dans les sources canoniques du XIe siècle. Le vieil arbre se montre couvert de bourgeons et de feuilles naissantes : on sent qu'il vit, qu'il est plein de sève e qu'il va fleurir. Une nouvelle période commence : jusqu'où s'étend-elle ?

S'achève-t-elle au début des temps modernes lors de la rédaction officielle des coutumes, et faut-il placer à cette date, dans l'histoire de l'autorité paternelle, le commencement d'une autre période, la dernière de l'ancien droit ? Telle était ma première pensée ; voici pourquoi je l'abandonne. La fin du moyen-âge est, sans doute, une date capitale. Elle marque ce que l'on appelle volontiers de nos jours un tournant de l'histoire. Une ère politique nouvelle s'ouvre en France par la victoire définitive de la royauté sur l'aristocratie. C'est un point culminant entre l'anarchie du Xe siècle et l'absolutisme du XVIIIe, entre cinq

siècles d'un progrès constamment suivi sous d'apparentes vicissitudes de chute et de relèvement, et trois siècles de décadence incessante sous des apparences de force, de richesse et de gloire. C'est le moment du solstice. Auparavant les jours croissent, bien qu'ils soient tout enténébrés d'abord, et souvent troublés ensuite par les retours offensifs de l'hiver ; après, ils diminuent, bien qu'ils soient chauds, ensoleillés, consacrés aux superbes moissons et aux joyeuses vendanges. On comprend que l'histoire générale de la civilisation, l'histoire particulière de la France, celle de son droit public, soient un instant arrêtées à cette date, pour permettre à l'historien de se recueillir et d'embrasser du regard, comme du bout d'une étape, le chemin parcouru. Devais-je, en cette simple étude d'une partie du droit privé, agir de la même sorte ? La fin du moyen-âge fait-elle époque dans l'histoire des institutions familiales ? Assurément non. La rédaction officielle des coutumes, la place considérable que prennent les ordonnances royales dans la législation des temps modernes n'ont pour nous qu'une importance secondaire. Les coutumes et les lois nouvelles n'ont apporté aux anciennes, en les consacrant, que des modifications de détail. Le fond des institutions familiales, leurs traits essentiels, leur esprit, sont encore ce qu'ils étaient auparavant. Leur évolution poursuit régulièrement sa marche. Les deux époques, que l'on doit distinguer ailleurs, offrent ici une continuité que rien n'autorise à rompre : on ne saurait les séparer sans s'exposer à de fastidieuses redites et sans nuire à la clarté comme à l'intérêt de leur histoire.

Il est une autre division dont je n'ai pas cru devoir tenir plus de compte dans le partage de mon travail. C'est celle qui existe entre le droit écrit et le droit coutumier. On le sait, en effet, le droit romain, dans les régions mêmes où il est reçu comme loi, n'est guère que la coutume des pays et des institutions qui n'en ont pas d'autre : et beaucoup en ont. L'étude des modifications qu'il a subies par suite de l'introduction du droit de Justinien dans la pratique juridique de la France viendra naturellement à sa place à côté de celle des coutumes relatives aux mêmes objets. Ce sont donc ces objets qui reste-

ront, comme pour l'époque franque, les centres de groupement des faits qui nous restent à étudier. Les différences entre la *patria potestas*, ou puissance paternelle du droit écrit, et la mainburnie ou autorité paternelle de nos coutumes, ressortiront suffisamment de ces faits eux-mêmes. Elles sont, d'ailleurs moins considérables dans les mœurs et même dans les lois, que ne pourrait le faire croire la fameuse maxime coutumière : « Droit de puissance paternelle n'a point de lieu ».

CHAPITRE PREMIER

POUVOIR DU PÈRE SUR LES PERSONNES

I

Exposition, avortement, infanticide.

Il ne saurait être ici question de l'exposition des enfants comme d'un acte légitime de la toute puissance du père. Cette manière de l'envisager, commune aux Romains et aux barbares lorsque le paganisme régnait parmi eux, a fait place, nous l'avons vu, chez les uns et chez les autres sous l'influence de l'Eglise, à une juste réprobation tempérée dans ses effets par une sage tolérance. Les anciennes notions n'ont laissé de traces que dans quelques coutumes de nature à restreindre le nombre des expositions : du Cange nous en a fourni un exemple de date relativement récente[1].

Cet équilibre indulgent entre la rigueur, toujours dangereuse en pareille matière, et la légitimation d'un abus contre nature, demeure la caractéristique de la législation et de la coutume dans la période de notre histoire à laquelle nous sommes arrivés.

En principe, l'exposition est interdite et punissable. Les règles posées à cet égard par le droit romain, et que j'ai fait connaître, restent en vigueur dans les pays dont il est la loi. Les canons des anciens conciles se retrouvent dans les collections antérieures au Décret de Gratien, et Grégoire IX déclare déchu de la puissance paternelle le père qui a exposé ou fait exposer son enfant[2]. La jurisprudence séculière montre une

[1] Cf. ci-dessus, p. 205, texte et n. 6.
[2] *Decr. Greg. IX*, lib. V, 11, unic. — Grégoire IX fut pape de 1227 à 1234.

assez grande sévérité : « Les arrêts, dit M. Lallemand, prononcent généralement contre les coupables la peine du fouet, l'amende honorable, le bannissement, en faisant la distinction entre l'abandon dans une église, une place publique, devant la porte d'une maison religieuse ou d'un hôtel, et l'exposition dans un lieu isolé »[1]. Souvent aussi, l'on se contente d'une peine pécuniaire. D'Argentré, commentant l'article 503 de l'ancienne coutume de Bretagne, déclare que l'exposant, s'il est connu, doit être mis à l'amende et contraint à supporter la dépense de l'enfant[2]. Un arrêt de 1739, rendu sur les conclusions de Daguesseau, borne la condamnation à une aumône de 100 livres au profit de l'hospice des enfants trouvés[3].

La sanction pénale des lois qui interdisent l'exposition tend ainsi, de plus en plus, à se confondre avec la sanction civile de celles qui imposent aux pères et mères la charge de pourvoir aux besoins de leurs enfants. A toute époque, d'ailleurs, le premier soin des administrations municipales et hospitalières est de rechercher les parents pour leur faire supporter cette charge dans la mesure de leurs attributions. On fait annoncer de tous côtés la trouvaille et l'enfant est promené à la suite du crieur public par les rues et les carrefours. On accorde des récompenses à ceux qui révèlent son origine. En 1527, un homme chargé de reconduire à Tournay un enfant abandonné dont il a fait connaître la famille, reçoit de la ville de Lille la somme de 34 sols, y compris les dépenses de l'enfant pendant le voyage. Les autorités ecclésiastiques et séculières secondent activement les poursuites. A Lille encore, en 1495 « on envoie devers les bailly et eschevins du pays de Laleue, afin de constraindre une fille y demeurant de reprendre son enfant qu'elle avoit délaissié dans ladite ville de Lille, lequel ycelle ville avoit fait garder certain temps ». Le 27 mai 1564, un arrêt

[1] Lallemand, p. 108. Voir les textes cités par cet auteur, *ibid.*, n. 2 (arrêt de 1576) ; et par Denisart, v° *Enfans*, n° 14 (arrêt de 1682) et v° *Grossesse*, n° 6 (arrêt de 1737).

[2] D'Argentré, p. 1895 : « *Tum illi cogendi essent alere, qui exposuerint, et mulctari* ».

[3] Arrêt cité d'après Lacombe par Denisart, v° *Enfans*, n° 14, note.

rendu par le Parlement sur la réquisition des doyens, chanoines et chapitre de l'Église de Paris « permet à celui qui a la garde des enfans trouvez, constituer prisonniers ceux ou celles qui ainsi exposeront lesdits enfans, soit les mères ou aultres, jusqu'à ce qu'il soit connu dont procède la faulte et exposition desdits enfans, et ce sans demander aucune permission de justice ». Au regard des trouvés, dit le règlement en vigueur au XVIIe siècle dans l'hospice du Saint-Esprit[1] à Dijon, les religieuses « doivent tascher doucement de descouvrir d'où ils peuvent avoir esté apportés et par qui, et si elles en découvrent quelque chose (le tenant en secret à tout aultre) le déclarer en particulier à messieurs les intendants pour les faire prendre aux mères si elles ont de quoy ; ou les obliger à les venir nourrir si elles sont pauvres ; et afin de convenir ceux qui les auraient exposés pour l'indemnité de l'hospital... [2] ». A Nantes, il est prescrit aux curés de publier qu'il y a peine d'excommunication, en cas d'exposition comme en cas de crime capital, contre quiconque connaît le coupable et s'abstient de le dénoncer[3].

Ces diverses mesures, ces peines pécuniaires, les condamnations corporelles que l'on prononce dans certains cas, accompagnés pour la plupart de circonstances aggravantes, forment le côté rigoureux du système plein de sagesse adopté par nos pères en matière d'exposition. Inspirer une crainte salutaire ; convaincre les parents que les bénéfices de l'abandon d'enfant sont moins certains et moins grands que ses dangers ; les amener à conclure, s'ils sont poussés par la misère, qu'il vaut mieux pour eux recourir d'une autre manière à la charité publique ; les forcer à contribuer, s'ils le peuvent, aux dépenses que les enfants trouvés occasionnent aux municipalités et aux hospices, tels sont les résultats cherchés et, en partie du moins, obtenus. Ils permirent de se montrer très large dans l'application des principes et de placer, à côté de l'œuvre de la justice, l'œuvre de la miséricorde.

[1] Fondé en 1203 (LALLEMAND, p. 125).

[2] Les trois textes qui précèdent sont cités par M. LALLEMAND (p. 119, 127 et 133, n. 2). Je lui emprunte également plusieurs des faits que je rapporte ici.

[3] LÉON MAÎTRE, *Hist. des hôpit. de Nantes*, p. 100-102.

En pratique, l'exposition est tolérée, mais on arrive, avec le temps, à la régler de telle sorte qu'elle devient moins funeste pour les enfants, moins contraire à l'intégrité du lien familial, moins odieuse, par conséquent, et moins criminelle, parfois même exempte de faute. A toute époque, les calamités publiques suspendent l'application de la loi : « On lit dans la chronique de Vendôme que, pendant la famine de 1162, les mères se voyant dans l'impossibilité de nourrir leurs enfants, venaient les déposer devant les portes du couvent des Cordeliers et que l'abbé et les frères en prenaient soin »[1]. Ce n'est assurément pas là un fait isolé : il se renouvela fréquemment et en bien des endroits, au temps où la charité n'avait pas encore d'organisation distincte de celle des paroisses et des monastères. De bonne heure, cette organisation prend naissance. Quelques maisons-Dieu ouvrent leurs portes aux enfants que leurs parents ne peuvent nourrir ou qu'ils exposent[2]. L'ordre hospitalier du St-Esprit se fonde à Montpellier, vers la fin du XII[e] siècle, dans le but spécial de les recueillir. Il s'étend rapidement et fonde de nombreux hospices. Les seigneurs hauts justiciers, les paroisses, les communes, à qui la charge de ces enfants incombe, s'acquittent souvent de leur devoir en élevant ou en subventionnant des asiles. Paris, il est vrai, plus éprouvé par les guerres et les discordes, reste longtemps à cet égard en arrière sur les provinces : mais le spectacle lamentable que l'on y peut contempler encore vers le milieu du XVII[e] siècle vont susciter en saint Vincent de Paul un rénovateur de la charité.

En même temps que ces œuvres se développent, le rôle des particuliers se restreint et les faveurs dont on l'encourageait disparaissent. La législation de Justinien, qui déclare ingénu l'enfant exposé quelle que soit sa naissance[3], devait conduire à refuser au *nutritor* tout droit de puissance sur l'enfant recueilli. C'est, en effet, ce que décide la loi canonique dès

[1] LALLEMAND, p. 109, n. 1 *in fine*.
[2] LALLEMAND, p. 121, texte et n. 1 et 2; 122 et s.
[3] C. Just., VIII, 52, 3 et 4.

l'époque de Grégoire IX[1]. Si Gratien, d'ailleurs, insérait quelque temps auparavant dans son *Decretum* un canon contraire, tiré du concile d'Arles[2], il le faisait sans nul doute à cause de la protection que ce texte assure aux gens charitables contre la malignité publique ; il n'entendait pas lui donner en leur faveur une plus grande portée. La tutelle des enfants trouvés appartenait aux administrations chargées de les secourir. Ceux qui, pour une cause ou pour une autre, s'intéressaient à eux, pouvaient demander qu'ils leur fussent confiés ou donnés en adoption. Les exemples n'en sont pas rares[3]. De jour en jour les choses prennent ainsi une allure plus régulière ; le sort des enfants exposés devient de moins en moins hasardeux, la faute des parents moins grave. On se relâche des sévérités légales, car leurs inconvénients restent les mêmes tandis que leurs avantages diminuent. L'histoire de la fondation des hospices de Dijon nous apprend qu'au xviie siècle, dans cette ville, on ne punit pas les coupables[4]. Il en est de même à peu près partout dès lors, ou s'il y a poursuite, c'est une poursuite civile qui tend seulement à obtenir des parents les subsides qu'ils peuvent fournir ou le retrait de leur enfant. L'action pénale n'est intentée que dans les cas particulièrement graves. « L'auteur du Code pénal dit qu'on ne poursuit plus aujourd'hui cette espèce de crime » écrit Denisart, au siècle suivant, à propos de l'abandon. « Je ne vois pas quelle pourrait être la raison d'une pareille indulgence. Ceux qui la commettent, à Paris, sont d'autant plus répréhensibles que personne ne demande ni d'où viennent, ni à qui appartiennent les enfants qu'on porte au commissaire de police et à l'hôpital des Enfans-Trouvés, où ils sont reçus et traités avec une humanité et une charité qui font honneur à la police et au gouvernement[5] ».

[1] *Décret. Grég. IX*, lib. V, 11, unic : « *Sane qui hos suscipiunt non possunt propter hoc in eorum personis jus aliquod vindicare* ».
[2] *Corp. jur. can.*, I, 87, 9 : « *si expositus* » (ex. conc. Arelat., a[i] 452, c. 51 ; ci-dessus, p. 162, n. 2).
[3] Lallemand, p. 203.
[4] Lallemand, p. 127, n. 1.
[5] Denisart, v° *Enfans*, n° 15.

Nous voyons ici le dernier terme de l'évolution que j'indiquais tout à l'heure. Le dépôt de l'enfant dans un établissement hospitalier, soit directement, soit par l'intermédiaire de certains magistrats désignés à cet effet, a remplacé, à Paris et dans les environs, l'exposition proprement dite. Aussi les parents, lorsqu'ils ont recours à celle-ci, placent-ils dans les langes du nouveau-né un billet qui leur permette de le retrouver plus tard. « Ces feuilles, indiquant les noms et prénoms de l'enfant et l'espoir de le reprendre un jour, se multiplient vers 1680. A partir de 1740, les billets trouvés avec les enfants sont pour ainsi dire la règle, et les procès-verbaux des commissaires portent cette mention imprimée : dans les langes duquel nous avons trouvé un billet que nous avons paraphé, *ne varietur*, et joint au présent »[1]. Dans les conditions où l'on se trouve alors, l'abandon traditionnel sous le porche d'une église ou dans un lieu fréquenté n'est pas beaucoup plus périlleux que le dépôt du nouveau-né dans le tour ou sur la fenêtre ou à la porte d'un hospice. C'est sans doute pour cette raison que l'on ne jugea pas à propos de distinguer entre l'un et l'autre, comme le voulait Denisart, et de poursuivre le premier avec d'autant plus de rigueur que le second était plus facile.

Les enfants trouvés affluaient alors à Paris de diverses parties de la France, où l'assistance était moins bien organisée à cette époque, et où les parents craignaient sans doute d'être trop aisément découverts, poursuivis et condamnés pécuniairement. Le plus grand nombre, à Paris comme en province, étaient bâtards et nés dans la misère ; 15 °/₀ environ en 1760, étaient légitimes ; quelques-uns appartenaient à des familles aisées[2]. Ceux dont la naissance ne pouvait être sûrement connue furent réputés bâtards, conformément à la doctrine générale des canonistes pendant tout le moyen-âge et jusqu'au XVIII[e] siècle. Cette décision se fondait sur ce que la bâtardise est l'état ordinaire des enfants abandonnés. D'aucuns assu-

[1] LALLEMAND, p. 157 ; cf. p. 159, 160.
[2] LALLEMAND, p. 162, 163 ; pièces justificatives, n° 13, p. 737 ; p. 157, n. 2, billets du 9 février 1726 et du 3 juin 1740.

raient, au contraire, que le doute devait toujours se résoudre de la façon la plus favorable à l'enfant, c'est-à-dire dans le sens de la légitimité. Cette opinion finit par prévaloir à peu près généralement dans le droit civil[1].

A partir de 1750, l'exposition tend constamment à devenir exceptionnelle. Les enfants sont remis aux commissaires par les nourrices, les sages-femmes, les voituriers arrivant de la province. On ne fait aucun mystère de leur origine. Leur nom de famille est inscrit sur le procès-verbal d'admission à l'hospice. Les parents ou les grands parents les apportent enfin eux-mêmes et signent cette pièce, que les commissaires établissent en remplissant à la main les blancs d'un modèle imprimé[2].

Est-ce à dire que l'on fût revenu aux conceptions antiques et que l'on reconnût aux parents le droit de ne pas élever leurs enfants ? Assurément non. Il n'y avait là qu'une tolérance, rendue possible par l'organisation de la charité publique, inspirée et justifiée par la dangereuse impuissance des mesures de rigueur. La vie est dure et la misère souvent très grande dans les sociétés encore jeunes. Plus tard, les mœurs sont déjà corrompues. Elles le sont bien davantage encore aux époques de décadence où la misère est souvent pire que jamais. A toute époque, sauf peut-être quand la famille est la seule société, il faut compter avec l'indigence et la débauche, choisir entre l'exposition et l'infanticide, rendre celui-ci plus fréquent en les punissant avec sévérité l'un et l'autre, ou tolérer celle-là et s'attacher à la rendre moins périlleuse. C'est sagesse de le comprendre, sagesse que l'on avait autrefois et que le législateur d'aujourd'hui n'a plus. « Que l'on veuille bien, écrit M. Paul Viollet, combiner par la pensée l'article 352 du Code pénal, la suppression des tours et l'article 340 du Code civil interdisant la recherche de la paternité naturelle, et que l'on dise s'il existe des moyens plus sûrs et mieux compris de provoquer l'avortement et l'infanticide[3] » ? L'Eglise avait vu,

[1] Cf. DENISART, v° *Enfans*, n° 16; — HOÜARD, *Dictionnaire*, v° *Enfans*, 1° *in fine*.

[2] LALLEMAND, p. 159, 160; pièces justificatives, n° 10, 13, 14.

[3] VIOLLET, *Droit privé*, p. 501, n. 3. L'art. 352 du Code pénal punit de prison et d'amende l'exposition d'un enfant de moins de sept ans dans un lieu non solitaire.

dès le commencement, quelle était la solution de ce douloureux problème. On s'était rapproché pratiquement de plus en plus de cette solution pendant tout le moyen-âge. A la fin du XVIIIe siècle, on en était arrivé bien près. Les prohibitions de la loi, les peines qu'elle prononçait, leur application non seulement possible mais effective, quoique rare et bornée à des cas graves, suffisaient à sauvegarder le principe du devoir paternel et à faire réfléchir ceux qui étaient tentés de le méconnaître. D'autre part, l'absence ordinaire de toute poursuite, la facilité d'admission dans les hospices avaient fini par faire disparaître presque complètement l'exposition, remplacée par un dépôt mille fois préférable. L'enfant échappait ainsi au danger de périr ou de tomber en de mauvaises mains et conservait même très souvent son état civil.

Ces dispositions, efficacement protectrices, étaient complétées par une législation à la fois prudente et rigoureuse contre l'avortement et l'infanticide, au profit desquels elles ne permettaient plus d'invoquer aucune circonstance atténuante. Si nous remontons au commencement de notre période, nous voyons la femme qui tue son enfant condamnée, ainsi que son mari, par le seigneur duquel ils dépendent, à un exil temporaire ou perpétuel. Les décrétales d'Alexandre III et de Lucius III qui mentionnent cette condamnation séculière soumettent aussi la coupable à la pénitence canonique. Lorsqu'elle n'est pas mariée, elle doit être enfermée dans un monastère ; si pourtant elle veut se marier, on peut tolérer qu'elle le fasse « *propter fragilitatem* ». Ces deux textes se retrouvent au *Corpus*, dans la collection de Grégoire IX[1]. Certaines coutumes du moyen-âge, entre autres celle de Normandie, ne distinguent pas l'infanticide, proprement dit, du meurtre d'un enfant, par son père ou par sa mère : nous les retrouverons en étudiant le droit de vie et de mort ; mais elles furent probablement appliquées à l'infanticide et à l'avortement jusqu'à la promulgation des édits royaux dont je vais

[1] *Décret. Greg. IX*, lib. V, 10, 1 et 2. Alexandre III fut pape de 1159 à 1181 ; Lucius III de 1181 à 1185.

parler tout à l'heure. Quelques-unes, dans la généralité de leurs termes, visent certainement l'infanticide : telles sont les coutumes angevines conservées dans les Etablissements de Saint-Louis. La femme qui tue son enfant n'est pas condamnée à mort; on laisse le soin de la punir à la justice d'Eglise, qui ne prononce jamais cette peine. C'est seulement s'il y a récidive qu'elle est livrée au bras séculier et par lui au supplice du feu. Après avoir formulé cette décision, le jurisconsulte angevin renvoie à une loi de Valentinien, insérée par Justinien au Code, et déclarant les récidivistes exclus de toute mesure de clémence[1]. L'influence romaine est donc ici très visible. C'est à elle qu'il faut attribuer, avec cette sévérité pour un second crime, la rigueur du châtiment.

L'indulgence dont le premier crime bénéficie est, par contre, toute coutumière. Les textes normands que je viens de rappeler nous en donnent la certitude. Elle disparut avec le temps, à mesure peut-être que la tolérance accordée à l'exposition laissait l'infanticide sans excuse. Le Livre des droiz et commandemens, coutumier poitevin du XIV[e] siècle, reproduit encore textuellement, en ce point comme en beaucoup d'autres, les établissements de Saint-Louis[2]; mais c'est là, sans nul doute, une des nombreuses inadvertances de l'auteur. Les coutumes d'Anjou des XIV[e] et XV[e] siècles condamnent, en effet, unanimement la coupable à être brûlée vive dès la première fois, et la glose de 1385, puis l'ouvrage composé par Claude Liger en 1437, nous apprennent que c'est une « ordonnance du roy Phelippes » qui a changé l'ancien usage[3]. Or Philippe VI mourut en 1350, et le *Livre des droiz* est certainement postérieur à 1356. La coutume de 1411 et celle de 1463 spécifient qu'il s'agit d'infanticide volontaire : celui qui ne l'était pas restait donc déféré au jugement de l'Eglise. Liger

[1] VIOLLET, *Etablissements*, I, 39, 55 ; — C. Just., I, 4, 3 *in fine*.

[2] *Droiz et Commandemens*, 349.

[3] BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Glosées*, 32 ; *Cout. de 1411*, art. 34 ; *Liger*, 1326, *Cout. de 1463*, art. 50 et 104 ; — VIOLLET, *Établissements*, t. III, p. 213 ; *Règles cout.*, I, 6. Cette disposition a disparu des coutumes du Maine et de l'Anjou rédigées au XVI[e] siècle. On va voir qu'elle fut bientôt remplacée.

ajoute que la peine du feu s'applique à l'avortement[1]. Ce crime est, du reste, ordinairement assimilé à l'infanticide[2] : nous en aurons bientôt d'autres preuves.

L'Anjou n'est pas la seule contrée du royaume où se retrouve la condamnation à mort prononcée par le droit romain. Sans parler des pays de droit écrit, il en est de même en Touraine et dans le Loudunois d'après les coutumes de 1507[3]; en Picardie, où l'on brûle en 1383, à Abbeville, une mère qui avait noyé son enfant[4]. Le livre de Jostice et Plet, écrit en Orléanais au milieu du XIIIe siècle, reproduit intégralement la loi romaine[5]. Cent ans plus tard à Tournay, Boutillier la fait entrer dans sa Somme rural[6]. La disposition qu'elle avait inspirée est rayée, il est vrai, des nouvelles coutumes tourangelles : mais c'est seulement comme inutile. Le procès-verbal de leur rédaction[7] déclare que les juges auront désormais à se conformer simplement en cette matière aux ordonnances du roi : ces ordonnances nous apparaissent ainsi comme ayant généralisé, en le complétant, le droit qui avait prévalu de toutes parts.

La première d'entre elles date de 1556. Henri II y déclare homicide, et passible comme telle de la peine de mort, toute femme qui aura caché « tant sa grossesse que son enfantement » et dont l'enfant se trouvera en conséquence privé « tant du saint sacrement de baptême que de sépulture publique et accoustumée ». La seconde est de 1585. Henri III y ordonne que l'édit de 1556 soit publié par les curés de trois en trois mois au prône des messes paroissiales, afin que « nulle femme, servante et chambrière ou autre, ne puisse prétendre cause d'ignorance ». Cette publication fut de nouveau ordonnée dans la même forme par une déclaration du 25 février 1708 et par plusieurs arrêts rendus dans la suite. Les évêques

1 BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Liger*, 1368.
2 A l'homicide, dans le *Livre des droiz et commandemens*, 362.
3 *Touraine de 1507* : 36, 2; *Lodunois*, 39, 2.
4 GUIZOT, *Recueil des monuments inédits de l'histoire du Tiers-État*, IV, p. 201.
5 *Jostice et Plet*, XVIII, 24, 5 (p. 284); Cf. XX, 9 (p. 325).
6 *Somme rural*, II, 40 (p. 869); — Cf. C. Just., IX, 17, 1.
7 RICHEBOURG, IV, p. 701.

enjoignirent aux desservants de ne pas la négliger[1]. Les mesures prises par Henri II ne cessèrent donc pas d'être appliquées avant la fin de l'ancien régime.

On a dit qu'elles péchaient par excès de rigueur et que la jurisprudence fut obligée de les adoucir en pratique. « Une foule d'arrêts, écrit M. Lallemand, interprétèrent sur ce point la généralité des termes des édits, destinée à frapper l'imagination populaire... On en arriva même, au XVIII[e] siècle, à ne punir le recel de grossesse que quand l'enfant était privé du baptême et de la sépulture ecclésiastique[2] ». Ce n'est pas ainsi, semble-t-il, qu'il faut envisager les choses. Les tribunaux ne firent, en réalité, que soumettre les édits au principe d'interprétation stricte, qui leur était applicable comme à toutes les lois pénales. Le texte n'avait rien de général. Il était, au contraire, tout à fait précis. L'infanticide est puni de mort : voilà la règle qu'il suppose. Son objet est d'indiquer un ensemble de présomptions dont la réunion vaudra preuve du crime, lors même que toute autre preuve ferait défaut. Or, quelles sont ces présomptions ? Suffit-il que la grossesse ait été cachée ? Nullement : il faut encore que l'enfantement ait été disssimulé. Ce n'est pas tout : il faut que l'enfant soit mort avant d'être baptisé. Est-ce assez ? Non ; il faut que la sépulture du nouveau-né ait été clandestine. Que la femme ait déclaré au magistrat, comme était l'usage dans le ressort du Parlement de Paris, soit la grossesse, soit l'accouchement ; qu'elle ait seulement, comme dans le ressort du Parlement de Dijon[3] et selon les termes de l'édit, « prins de l'un ou de l'autre tesmoignage suffisant » ; qu'elle se borne même, sans avoir rien déclaré à personne, à fournir une attestation médicale reconnue digne de confiance et portant que l'enfant n'a pas vécu ou est décédé de mort naturelle : voilà la présomption légale détruite et l'on rentre dans le droit commun. Bien plus, la présentation de l'enfant au baptême, ou, s'il est mort avant d'être baptisé,

[1] Isambert, t. XIII, p. 471 ; — Denisart, v° *Grossesse*, 3 ; — Lallemand, p. 107, n. 2.

[2] Lallemand, p. 107.

[3] Denisart, v° *Grossesse*, 1, note ; — Lallemand, p. 108.

comme cela peut arriver par accident, sa sépulture « publique et accoustumée » suppléent au défaut de déclaration. Telle est la lettre de l'édit, tel est également son esprit. Le préambule qui expose les motifs de sa promulgation ne laisse à ce sujet aucun doute. « Plusieurs fammes, y lisons-nous, ayant conçeu enfans par moyens déshonnestes, ou autrement, persuadées par mauvais vouloir et conseil, desguisent, occultent et cachent leurs grossesses, sans en rien descouvrir et déclarer, et, advenant le tems de leur part et délivrance de leur fruict, occultement s'en délivrent, puis le suffoquent, meurtrissent et autrement suppriment, sans leur avoir fait impartir le saint sacrement de baptesme ; ce faict, les jettent en lieux secrets et immondes et enfouyssent en terre profane... ». Nous voyons ici clairement quelle sorte de crime on voulait prévenir et comment on a déterminé les circonstances dont la réunion devait engendrer la présomption légale d'infanticide. La jurisprudence n'a donc pas eu besoin d'atténuer la loi : il lui a suffi de l'interpréter à la lettre. Elle en a même outrepassé les termes et l'esprit partout où elle a exigé que la déclaration fût faite à un magistrat ou à quelque officier public. L'avortement, d'ailleurs, s'y trouvait manifestement compris, et c'est avec raison qu'elle lui appliqua la peine de mort.

II

Ventes d'enfants.

Le droit de vente subsista plus longtemps que le droit d'exposition parmi les attributs de l'autorité paternelle. Au XI[e] siècle, le recueil de droit romain intitulé « *Exceptiones Petri* » le mentionne encore pour le même cas et à peu près dans les mêmes termes que la constitution de Constantin insérée au Code. « Il est permis aux pères et aux autres parents de vendre, pour ne pas mourir de faim, les enfants soumis à leur puissance. A toute époque, d'ailleurs, ils pourront restituer eux-mêmes, ou d'autres pour eux, le prix

qu'ils auront reçu et faire revenir de la sorte ces enfants à la liberté[1] ».

On voit fréquemment, à la même époque, un père se vendre ou se donner lui-même, avec toute sa famille, à tel seigneur ou tel monastère, qui lui assure de quoi vivre et dont il devient le serf. Tantôt, c'est une vente ou une donation proprement dite[2]; tantôt, une concession de terre servile, sollicitée, obtenue et produisant le même effet. « On saura, lisons-nous dans le livre des serfs de Marmoutiers, que Bertrand Lagneau est devenu serf de Saint-Martin, parceque nous lui avons permis d'acheter, dans notre bourg, une maison que lui a vendue un de nos serfs, nommé Adhémar. Lui-même, sa femme Ermentrude et son fils Rigaud sont venus dans notre parloir; et là, chacun d'eux ayant placé, selon la coutume, quatre deniers sur sa tête, ils se sont donnés tous trois à notre prieur Odon en qualité de serfs, eux et leur postérité[3] ».

La part active prise par le fils à ces formalités symboliques donne à penser qu'on lui avait demandé son consentement. C'est ce qui est explicitement indiqué dans une autre charte de la même provenance : « Nous voulons faire savoir à nos successeurs, y est-il dit, qu'un certain Létard, notre bouvier, étant sur son lit de mort, appela ses fils, en choisit un, qui était mineur et se nommait Vital, et le donna à saint Martin et à nous en qualité de serf. L'enfant lui-même et tous ses frères y consentirent, et pour qu'il ne pût nier, un jour venant, avoir été lié à ce joug, son père le remit par la main, en présence des témoins dont les noms suivent, à l'un de nos moines nommé Arnaud[4] ». Faut-il induire de là que les enfants ne pouvaient être donnés ou vendus que de leur plein gré ? Je ne le crois pas. On se préoccupait d'obtenir et de constater leur assentiment pour éviter toute contestation ultérieure, et aussi, sans doute, parce que l'on voyait en eux des hommes et

[1] *Petrus*, I, 14; — Cf. C. Just., IV, 43, 2. Cette constitution ne figure pas au Code de Théodose.

[2] Tel est l'acte germanique cité par M. Viollet, *Droit privé*, p. 502, texte et n. 6.

[3] Thévenin, n° 157 (*Liber de servis Majoris Monasterii*, 3).

[4] Thévenin, n° 156 (*Lib. de serv. Maj. Mon.*, 98). Cette charte et la précédente se placent entre 1032 et 1064.

des chrétiens, qui ne pouvaient être traités comme des animaux ou des choses. Rien ne prouve que l'on eût tenu compte de leur refus si, par impossible, ils avaient préféré leur indépendance au servage jusqu'à vouloir résister aux dernières volontés de leur père ou se priver des avantages qui motivaient sa décision. Il faut remarquer, au contraire, combien l'antique notion d'une autorité souveraine, d'une quasi-propriété du père sur l'enfant et de la famille sur ses membres manifeste fortement sa persistance dans le dernier acte que je viens de traduire. Le père est mourant ; il rassemble ses fils ; il leur déclare ses intentions. C'est un véritable testament verbal qu'il va faire. Ce testament comprendra des aumônes, des libéralités pieuses : c'est la coutume à cette époque, et nul n'y manque, si peu qu'il puisse faire. Quelle partie de son patrimoine celui-ci donnera-t-il ? Il est bouvier : ce qu'il possède est évidemment peu de chose. Il donnera donc un de ses fils à saint Martin. La famille ratifie cette donation. Le père l'exécute immédiatement et par tradition réelle, comme un transfert de propriété, en mettant la main de l'enfant dans celle du moine Arnaud.

Le cas le plus fréquent devait naturellement être celui où le chef de la famille donnait en servage sa propre personne et en même temps celle de tous les siens. Aussi la clause relative à ces derniers devint-elle de style. On en arriva même en certains endroits à la sous-entendre, et il passa en coutume que les parents, en se faisant serfs, entraînaient dans le servage leurs enfants déjà nés. C'est du moins ce que permet de supposer une charte du XIIIe siècle[1], de laquelle il résulte que l'épouse d'un serf transmettait sa condition à ses enfants, si elle était et restait libre, mais les rendait serfs, si elle se plaçait, après leur naissance, dans la condition de son mari. Cet usage n'était pas reçu partout; peut-être même ne l'était-il quelque part que pour ce cas tout spécial. Un serf, dit Beaumanoir, peut bien demander et obtenir franchise pour ses enfants comme pour lui-même ; « mais se il a tant fet que li et ses enfant

[1] Citée par VIOLLET, *Établissements de Saint-Louis*, t. I, p. 43.

sont franc, et il se remet en servitude, pour che ne remet-il pas ses enfans, car il loist bien à afranchir ses enfans et non à aservir ».

On pourrait dire, il est vrai, que Beaumanoir est ici, comme bien d'autres fois, en avance sur son temps et qu'il cherche à améliorer plutôt qu'à constater la coutume. De fait, quelques lignes plus bas, tout en appliquant le même principe, il emprunte visiblement au droit romain la règle qui déclare libre l'enfant dont la mère a été libre à un moment quelconque de sa grossesse. « Il sera frans, dit-il, car puis que il fu frans ne tant ne quant el ventre sa mère, la mère ne le puet puis remetre en servitude ». Il faut observer, cependant, qu'il indique auparavant les diverses origines du servage, et qu'il parle très clairement de la donation pour cause pie et de la vente par misère comme de faits d'un autre âge. « Le seconde chose par lequele il est mout de sers, si est pour ce que li tans cha en arrière, par grant devotion, mout de gens si se donnoient aus et leur hoirs, et leur choses as Sains et as Saintes, et leurs choses toutes, et paioient che que il avoient proposé en leur cuers; et les redevanches que il paioient le recheveur des Églises si metoient tout en escrit, et che que il pouvoient traire de leur connoissance, et ainsint usoient-il seur aus et ont tousiours puis usé plus et plus, par le malice qui est puis creus trop plusque il ne fu mestiers, si que che qui premierement fu fet par cause de bonne foi et par devotion est tourné ou damage et en le vilenie aus hoirs.

« Le tierche manière comment plusieurs sont devenu sers, si fu par vente, si comme quant aucun chaoient en poureté et il disoit à aucun seigneur : Vous me donrés tant et je demourai vostre hons de cors ; et aucune fois le devenoient par leur propre don, pour estre garanti de autres seigneurs ou de aucunes haines que l'on avoit à aus[1] ».

C'étaient donc là deux façons à tout le moins rares de tomber en servage au XIII[e] siècle. Seule, la vente indirecte qui résultait de la concession ou de l'acquisition d'une terre servile

[1] BEAUMANOIR, 45, p. 254. ; — Cpr., pour la seconde citation, Dig., I, 5, 5 § 3; Inst., I, 4, pr.

subsistait encore en beaucoup d'endroits. Beaumanoir nous apprend que cette coutume n'était reçue, de son temps, nulle part en la comté de Clermont[1]. Elle disparut de bonne heure presque partout. On la retrouve cependant encore jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, en Bourgogne et en Franche-Comté[2]. Ses effets y sont essentiellement temporaires. L'homme libre qui est ainsi devenu mainmortable « par prise de meix » reprendra sa liberté, en abandonnant le « meix » et tout ou partie de ses meubles, suivant les lieux et les circonstances[3]. Les membres de sa famille vivant avec lui suivent son sort dans l'une et l'autre occurrence[4]. La Marche et l'Auvergne ont aussi conservé de ces tenures serviles que l'on ne peut détenir sans prendre leur condition, mais que l'on peut quitter pour recouvrer franchise[5]. Il suffit même, dans la première de ces deux provinces, d'asservir un héritage par contrat ou de le laisser asservir par prescription trentenaire, pour devenir serf en même temps[6]. Telles sont les formes dernières que revêtent çà et là, à la veille de la Révolution, les donations et les ventes généralement usitées au début du moyen-âge. Le père ne peut, du reste, vendre et donner ainsi son enfant que s'il se donne ou se vend lui-même ; encore faut-il que l'enfant habite et cultive avec lui le domaine servile. Peut-être y a-t-il, au fond de tout cela, quelque notion du droit souverain, si pleinement manifesté dans les chartes du XIe siècle ; mais, c'est, à coup sûr, une notion vague, lointaine, presque complétement effacée.

Ce n'est pas là qu'il faut chercher la véritable trace du vieux droit de vente. Celui-ci achève, à proprement parler, de disparaître au XVe siècle. Dès le XIVe, l'ancienne coutume de Bordeaux répudie sur ce point les tempéraments admis par

[1] BEAUMANOIR, *ibid.*

[2] *Bourgogne : Duché*, IX, 5 ; *Comté*, 84 ; — Cf. DUMOULIN, cité par VIOLLET, *Droit privé*, p. 320, 321 ; — COQUILLE, *Coutume*, VIII (p. 149) ; — POTHIER, *Personnes*, tit. I, sect. IV (t. VI, p. 571).

[3] *Bourgogne : Duché*, IX, 9 ; *Comté*, 86. On appelle *meix* la terre mainmortable.

[4] La Coutume de Franche-Comté le dit expressément et il faut évidemment le sous-entendre en celle de Bourgogne.

[5] *Marche*, 125, 126, 147 ; *Auvergne*, XXVII, 1, 2, 10.

[6] *Marche*, 127. Il en était également ainsi en Bourgogne et en Franche-Comté (Voyez VIOLLET, *Droit privé*, p. 321, texte et n. 6).

la loi romaine et s'en tient à la doctrine du jurisconsulte Paul[1]. Le père peut bien, dit-elle, donner son enfant en gage, « *enpinhar* » en cas de misère extrême et notoire, « *nothorias* », ou pour se tirer de prison ; mais il ne peut ni le donner ni le vendre à des truands qui l'estropieraient. S'il fait fi de cette défense, il sera jugé sans merci ni franchise coutumière : « Quar no fere pas semblant que fos payre ni que ed fos son filh ni son creat ; quar natura humanau no vou ni pot sostenir lo defassament de sa creatura. Quar tot atau hom qui a feit ataü feyt respon cum home strani, et no lo deu vals ni for, ni ley, ni costuma de la terra[2] ». Les ordonnances de Metz, en 1564, ne sont pas moins sévères. Il est défendu, sous peine de fouet, exposition et bannissement à tous ceux qui ont en leur garde filles ou femmes « de les vendre et exposer à mal... Et quant aux pères, mères ou maris ayant commis tels crimes, ils seront punis et exécutés à mort : et est enjoint à tous qui auront cognoissance desdits actes de les référer à justice[3] ».

Nous trouvons encore en 1440 un acte par lequel un grand père « *homo senex, debilitatus, pauper, sine bonis* » donne son petit-fils âgé de six ans au recteur de Montesquieu, en Lauraguais, qui se charge d'entretenir l'enfant[4]. Est-ce bien une véritable vente ? Il se passe encore aujourd'hui fréquemment de ces contrats charitables, dont nulle charte ne conserve la trace. Dira-t-on qu'il y a vente ? Mais alors le contrat d'apprentissage, quand les parents s'engagent à ne pas reprendre

[1] Cod., IV, 43, 2 ; — PAUL, V, 1, 1 : « *Qui contemplatione extremæ necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint statui ingenuitatis eorum non præjudicant : homo enim liber nullo pretio æstimatur. Iidem nec pignori ab his aut fiduciæ dari possunt ; ex quo facto sciens creditor deportatur. Operæ tamen eorum locari possunt* ». Ce texte et plusieurs autres (Cf. CORNIL, p. 445, texte et n. 1 et 2), interdisent il est vrai l'impignoration, que la coutume de Bordeaux semble permettre ; mais le mot « *enpinhar* » ne saurait avoir la portée que les Romains donnaient à l'expression « *pignori dare* ». Son équivalent serait plutôt « *l'operæ locatio* » de Paul.

[2] *Las costumas de la villa de Bordeü*, 43. La coutume de Bazas de 1849 reproduit ces dispositions.

[3] *Metz*, ord. I, 23.

[4] Acte cité par CORNIL, p. 447, texte et n. 2, et par VIOLLET, *Droit privé*, p. 502, texte et n. 3.

l'enfant et le maître à ne pas le leur renvoyer tant que certaines conditions seront remplies, devra donc être appelé vente ? On objectera qu'il est temporaire : je répondrai que l'autre l'est aussi puisqu'il prend nécessairement fin à la majorité de l'enfant. J'ajouterai que l'acte de 1440 n'a pas dû produire d'effets au-delà de ce même terme. A quel titre, en effet, le recteur de Montesquieu, si tant est qu'il vécut encore, aurait-il imposé son autorité à l'enfant devenu majeur ? Il ne pouvait être ni son tuteur, ni son curateur, ni son seigneur puisque l'enfant avait passé 25 ans et n'était pas serf. Il pouvait moins encore être son maître, puisqu'il n'y avait plus d'esclaves. Il n'était pas son père. Quelle puissance était-il en mesure de revendiquer sur lui ?

La vérité est que les ventes d'enfant ont disparu du domaine juridique par la force des choses à l'époque où la naissance et la « prise de meix » sont restées les seules sources de la servitude. Celles qui ont pu être faites ensuite n'ont plus été, légalement, que des actes criminels ou des louages de services. C'est dans ce contrat que le droit primitif du père subsiste encore, amoindri, borné, mais vivant. Aussi bien les abus que l'on en fait n'ont-ils pas changé depuis le XIVe siècle. Il est tel article de nos lois que l'on pourrait prendre, s'il était écrit d'autre style, pour une traduction littérale de la vieille coutume de Bordeaux[1].

III

Education, correction, droit de vie et de mort. — Juridiction domestique.

Il ne saurait entrer dans le plan de ce travail d'exposer, même brièvement, ce que firent les pouvoirs publics, dans le

[1] Loi du 7 décembre 1874, art. 2 : « Les pères, mères, tuteurs ou patrons qui auront livré, soit gratuitement, soit à prix d'argent, leurs enfants, pupilles ou apprentis âgés de moins de 16 ans, aux individus exerçant les professions ci-dessus spécifiées ou qui les auront placés sous la conduite de vagabonds, de gens sans aveu ou faisant métier de la mendicité, seront punis des peines portées à l'art. 1er ».

cours des âges pour procurer aux enfants une instruction convenable, et ce que firent les parents pour se montrer dignes, en la mettant à profit, de la sollicitude des pouvoirs publics. Il me suffira de rappeler le mouvement intellectuel intense qui remplit le moyen-âge. La France en est le centre, les Français en sont l'âme. De toutes parts naissent, sur notre sol, des universités où toutes les « nations » affluent. Le nombre des étudiants est considérable. Dans le peuple même, dit M. Paul Viollet, « l'instruction fut plus répandue qu'on ne le suppose d'ordinaire. De nombreux textes établissent l'existence d'écoles dans bien des localités de campagne. Les curés choisissaient des clercs pour enseigner et recommandaient aux parents de faire instruire leurs enfants. Les parents suivaient ces avis. Un grand nombre de familles espéraient sans doute ouvrir par là aux enfants une situation privilégiée, en faire des clercs[1] ». La marche en avant de l'élite et de la masse vers le savoir est commencée. Charlemagne en a été l'initiateur. Contrariée, arrêtée, refoulée quelquefois par les guerres, les discordes religieuses et les crises sociales, elles s'est poursuivie jusqu'à nos jours avec des fortunes diverses. Jamais, si l'on excepte notre époque, elle n'a été plus énergique, plus active, plus féconde qu'au moyen-âge.

On ne cessa jamais, du reste, de faire un devoir au père d'élever ses enfants et de leur procurer une éducation et une instruction en rapport avec son rang, ses moyens et leur capacité[2]. Ce n'est pas seulement sous l'empire du droit romain, dans les pays de droit écrit, que les frais faits pour l'accomplissement de ce devoir sont considérés comme le paiement d'une véritable dette envers l'enfant[3]. Il en est de même dans les pays de coutume; et l'héritier n'y est pas tenu de rapporter à la succession paternelle ce qui a été payé pour son entretien et son instruction[4]. Le père néglige-t-il ses obliga

[1] VIOLLET, *Droit public*, II, p. 367.
[2] Cf. arrêt de 1607 dans BERNARD, p. 114.
[3] Dig., 25, 3, § 12; 27, 2, 3, § 5; *ibid.*, loi 4; 37, 10, 6, § 5.
[4] *Anjou*, 261; — *Maine*, 279; — *Touraine* (1507), 27, 10; *Touraine* (1559), 304; — *Orléans*, 309; — *Blois*, 159; — *Loudun*, 29, 7; — *Auxerre*, 253; — *Berry*, 19, 42; — *Bretagne*, 597; — *Perche*, *A*. Successions, 16; — *Melun*, 278; — *Laon*, 95; —

tions ? La mère peut agir en justice pour le contraindre à les remplir[1]. Elle-même y est tenue avec lui, bien qu'elle ne soit pas admise par toutes les coutumes à partager sa puissance[2]. Les mêmes mesures répressives l'atteignent. C'est ainsi que les échevins de Metz, « pour oster le chemin à infinies et exécrables paillardises et lubricitez », engendrées sans doute par les misères du siége de 1552 et par les désordres de la soldatesque, prononcèrent, dans leurs ordonnances de 1564 la peine de mort contre les père et mère coupables de livrer leurs filles à la débauche[3]. Nous verrons bientôt que la puissance publique ne sut pas toujours rester dans de justes limites et prit souvent prétexte du devoir des pères pour leur en rendre l'accomplissement impossible et violer, dans un but politique, leur autorité.

Aux obligations des parents répond, du côté des enfants, celle de les respecter et de leur obéir. Aussi le droit écrit et, à sa suite, le droit coutumier, les ordonnances et la jurisprudence des Parlements refusent-ils d'admettre en justice le témoignage du fils contre son père, comme celui du père contre son fils[4]. A plus forte raison le fils ne peut-il pas poursuivre le père sans une autorisation spéciale de justice. Inscrite au Digeste,

Reims, 322, 323; — *Sedan*, 187; — *Calais*, 97; — *St-Omer : baillage*, 58, *ville*, 31; — D'ARGENTRÉ *sur Bretagne*, *A. 526*, n°s 6 à 9; — MASUER, 28, 9, p. 394; — FERRIÈRE, *Sur Paris*, 304; — *Arrestez de M. le PP. de L.*, p. 66; — DENISART, v° *Rapport*, n° 53. Plusieurs des articles de ces coutumes ne figuraient pas dans les anciennes rédactions; quelques procès-verbaux spécifient même qu'ils sont introduits pour l'avenir et sans préjudice du passé (Voyez : *Melun*, *Auxerre*, *Orléans* : *procès-verbaux*, dans RICHEBOURG, III, p. 475, 629, 823). En faut-il conclure que les frais d'entretien, d'éducation, d'apprentissage fussent, auparavant, rapportables ? Pas le moins du monde. L'innovation, quand il y en a une, consiste à restreindre la dispense légale du rapport et non à l'étendre (Cpr. *Saint-Omer* et *Artois*, 149, avec la note de RICARD dans RICHEBOURG, I, p. 270). Pour la plupart des coutumes, la rédaction nouvelle ne fait que déclarer ce qui était sous-entendu dans l'ancienne. Ainsi, dans la Coutume de *Berry*, l'art. 42 du titre 19 ne figure pas au procès-verbal (RICHEBOURG, III, p. 988), parmi ceux qui sont indiqués comme coutume nouvelle, bien qu'il soit absent des anciennes rédactions.

[1] TAUDIÈRE, p. 66, 67; — BERNARD, p. 111.

[2] Cf. *Bergh-s.-Winox*, XII, 19 et 36.

[3] *Metz*, ord. I, 23.

[4] Cod., IV, 20, 3 et 6; — Dig., XXII, 5, 4 et 9; — *Petrus*, IV, 40; — *Brachylogus*, IV, 3, 10; — *T. A. C. B.*, 158. — *Droiz et commandements*, 224. — Ord. de 1667, XXII, 2; — DENISART, v° *Témoins*, n°s 6 et 7. — En sens contraire : *Bourges. A* (vers 1450), art. 102. Cet article ne se retrouve dans aucune des deux coutumes de Bourges postérieures.

cette doctrine est reproduite au XIe siècle dans les *Exceptiones Petri;* au XIIIe dans le livre de Jostice et Plet[1]. Elle semble cependant n'avoir pas été reçue intégralement partout en pays coutumier. Hoüard rapporte une sentence du Parlement de Rouen qui donne à penser qu'elle était restreinte aux actions proprement dites : « L'amour et le respect filial, dit-il, exigent que les enfants ne soient pas indifférents à ce qui pourrait altérer la réputation des pères : ils peuvent donc s'opposer à ce qu'ils ne contractent pas des alliances honteuses. Le 11 mai 1719, sur l'appel comme d'abus d'une sentence de l'official de Lisieux qui, ayant pris connaissance de l'opposition faite par un fils au mariage de son père, avait refusé de renvoyer les parties devant le juge royal, la Cour, en prononçant qu'il y avait abus, permit au fils de continuer les informations qu'il avait commencées, tant contre la fille recherchée en mariage par son père que contre les parents de cette fille, et condamna le père aux dépens. Le père était perruquier de profession; le fils cornette réformé; la fille appartenait à un homme de la lie du peuple, accusé de faire un commerce déshonnête »[2]. L'opposition du fils devant l'officialité, son appel comme d'abus furent donc reconnus valables, bien qu'il n'eût point obtenu préalablement la permission de les former : il ne paraît même pas que ce défaut d'autorisation ait été invoqué dans la cause.

Le père n'a plus, pour s'assurer le respect et l'obéissance de ses enfants, les pouvoirs illimités d'autrefois. Il voit l'Etat s'immiscer de plus dans son gouvernement, restreindre sans cesse l'étendue de sa juridiction, en contrôler l'exercice, en réformer les arrêts. Il conserve, cependant, un droit de correction assez étendu, qui forme, avec son droit de garde et ses droits sur les biens, le fondement de sa responsabilité. « Si l'enfant fait tort à autrui, dit la coutume de Bretagne, tant qu'il sera au pouvoir de son père, le père doit payer l'amende civile pour ce qu'il doit chastier ses enfants »[3]. Il peut, en fait,

[1] Dig., II, 4, loi 4, § 1 et loi 8 pr. ; — *Petrus*, III, 63 ; — Jostice et Plet, II, 4, 3.
[2] Hoüard, *Dictionnaire*, v° *Enfans*, 2° *in fine*.
[3] *Bretagne*, *A.* 615 ; *N.* 656 ; — *T. A. C. B.*, 175. Pour plus de détails sur la responsabilité du père, Cf. ci-après, p. 381 et s.

comme autrefois, exclure de la famille un fils ingrat ou rebelle. Ne lui permet-on pas, à Limoges et en Auvergne, de le chasser de sa table et de sa maison et de lui refuser de quoi vivre ? N'en est-il pas de même selon les Fors de Béarn[1] ? La révocation des donations pour ingratitude et l'exhérédation pour cause grave sont, en outre, admises à peu près partout[2]. Ce sont là des droits redoutables et dont le père peut hésiter à faire usage. Il en a d'autres. Par cela même que la loi et la coutume interviennent pour limiter en lui une puissance originairement sans limites extérieures, elles lui laissent tout ce qu'elles ne lui enlèvent pas.

Les restrictions qu'elles posent sont d'abord assez vagues. Je n'ai pas besoin de revenir ici sur ce que j'ai dit de la législation romaine à ce sujet, ni d'insister sur la disparition du droit de vie et de mort. C'est à peine si ce dernier a laissé quelques traces, au XIII[e] siècle, dans les coutumes de Normandie. Le père qui tue volontairement son fils n'y est condamné qu'à l'exil. « Quar por ce que li filz est du sanc et de la char au pére, li peres ne sera pas livrez à mort por occire son fill ». On n'a, d'ailleurs, nulle conscience de la véritable origine de cette disposition indulgente. On l'étend, en effet, à la mère meurtrière de ses enfants, bien qu'elle n'ait jamais eu le droit de vie et de mort. Si le père n'a fait que frapper, il est à l'abri de toute poursuite[3]. Les anciennes coutumes d'Agen, celles de Montpellier et de Carcassonne, celles des vallées pyrénéennes, en disent, sur ce dernier point, tout autant. Dans la vallée de Barège, cependant, les battus ont le droit de se plaindre. C'est une charte de privilèges remontant au XII[e] siècle qui nous l'apprend ; mais sa copie date du XV[e], et je ne serais pas surpris que cette restriction au droit du père n'eût pas été dans l'original[4]. Elle se rencontre ailleurs,

[1] Masuer, 40, 5, p. 656 ; — *Limoges*, 82 ; — *Fors de Bearn* : de pay et filh, 7 ; *Morlaas*, 345, p. 202 : « *Lo pay deu neurir lo filh si no es de mala vita* ».

[2] Cf. ci-après, IV, et ch. II, II, 2. Les causes d'exhérédation justifient aussi presque partout le refus d'aliments.

[3] Marnier, *Normandie*, p. 26 ; — Viollet, *Droit privé*, p. 504, n. 1.

[4] *Agen*, 22, cité par Moullié, p. 174, n. 75 ; — *Montpellier* et *Carcassonne*, 64 (Giraud, I, p. 63) ; — *Vallée d'Aure*, 36, dans Cordier, p. 379 et 380, n. 1 ; — *Privilège de Centot*, *ibid.*, p. 379, texte et n. 3.

pourtant, dès le XIII[e] siècle : « L'en doit semondre, dit le Livre de Jostice et Plet, se li filz se plaint de son père[1] ». Actionné de la sorte, le père sera forcé de donner les raisons de ses rigueurs et le juge appréciera. Ce serait une profonde atteinte à l'autorité paternelle, si l'action du fils était recevable dans tous les cas ; mais, s'il suffit d'un simple soupçon[2] pour autoriser la correction, il faut, au contraire, des faits très graves pour faire admettre la plainte. La coutume de Bergerac, qui consacre, au XIV[e] siècle, le même droit que la coutume de Normandie au XIII[e], termine, en effet, son article en ces termes : « *Nec prænominatis sic injuriatis aliqua actio competit contra talem injuriantem, nisi forte sit ita atrox injuria, quod mors aut membrorum mutilatio vel membrorum fractio subsequatur, vel nisi facta sit injuria talibus personis cum armis emolutis*[3] ». L'indulgence du droit normand, pour les parents coupables, disparut avec le temps. Elle était particulière à cette contrée[4]. On admettait, ailleurs, la doctrine classique du droit romain, qui place le meurtrier d'un fils ou d'une fille, sur la liste des parricides[5].

Au XVI[e] siècle et plus tard, la plainte de l'enfant contre les mauvais traitements paternels est plus aisément accueillie qu'autrefois, même dans les régions méridionales. Les exigences que la coutume de Bergerac vient de nous faire connaître se sont atténuées partout. En Bretagne, un arrêt de 1559 condamne un père qui battait sa fille à fournir caution de la bien traiter. S'il récidive, il sera passible de 500 livres d'amende, sans préjudice de la prison. En 1644, la jurisprudence provençale admet encore, sans doute, que le père, peut, de son autorité privée, faire enfermer son enfant pour le contraindre

[1] *Jostice et Plet*, II, 15, 2.
[2] Le mot est dans la Coutume d'Agen citée ci-dessus, p. 363, n. 4.
[3] *Bragerac*, 82.
[4] L'indulgence de certaines coutumes pour l'infanticide (Cf. ci-dessus, I), n'a rien à voir, en effet, avec le droit de vie et de mort. Elle est fondée sur les circonstances atténuantes qui entourent fréquemment ce crime lorsqu'il est commis pour la première fois, et non sur ce que « li filz est du sanc et de la char au père ». Aussi ces coutumes ne parlent-elles pas du père, mais seulement de la mère coupable.
[5] *Somme rural*, I, 28 ; II, 40.

à l'obéissance; mais il n'a pas le droit de le maltraiter, à peine de déchéance. Le Parlement le déclare expressément en 1669, et confie à l'aïeul maternel d'une jeune fille le soin de constater la réalité des sévices qu'elle prétend subir. Il en est de même en Languedoc, où nous voyons, en 1675, le Parlement de Toulouse autoriser les enfants d'un procureur des gabelles à quitter le domicile paternel, sur la seule déclaration de l'un d'eux et d'un oncle qu'ils souffraient de mauvais traitements de leur marâtre. Comme en Provence, on admet, à Paris, que le père fasse emprisonner son fils sans ordonnance de justice; mais si d'autres proches parents réclament l'élargissement, il sera tenu de soumettre aux tribunaux les motifs de l'emprisonnement. Un père qui s'y refusait, en 1580, perdit son procès. Le fils fut mis en liberté[1].

Cette application du droit de correction, à laquelle ne répondait aucune organisation pénitentiaire, avait donné lieu à bien des abus. Les pères mariés en secondes noces avaient le même pouvoir que les autres, bien qu'ils fussent exposés à céder, contre les enfants d'un premier lit, à des suggestions malveillantes ou intéressées. La situation du fils ne changeait en rien avec l'âge. Des hommes de trente ans et plus, des prêtres même, pouvaient être jetés en prison avec les prisonniers de droit commun. Les enfants n'étaient pas isolés de ce dangereux voisinage qui achevait de les pervertir. Un arrêt du 9 mars 1673, confirmé par un autre arrêt du 26 octobre 1697, intervint pour faire cesser cet état de choses. Il désigna la prison de Villeneuve-sur-Gravois comme pouvant seule servir de maison de correction. Les Lazaristes furent chargés de choisir le geôlier, d'instruire et de surveiller les détenus. Trois conditions devinrent, en même temps, nécessaires pour que la détention fût possible sans autorisation spéciale : il fallut que la réquisition émanât du père ; qu'il ne fût pas marié en secondes noces; que l'enfant eût moins de vingt-cinq ans. Dès que l'une de ces conditions faisait défaut, une permission du lieutenant civil devait être préalablement obtenue[2].

[1] Ces cinq arrêts sont cités par MERLIN, dans GUYOT, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 98, 99.

[2] Références de ces arrêts dans VIOLLET, *Droit privé*, p. 506, n. 2.

Cette jurisprudence fit loi dans le ressort du Parlement de Paris jusqu'à la fin de l'ancien régime et se répandit dans les provinces, en s'accentuant parfois[1]. Son influence s'exerça même sur les décisions des cours méridionales[2]. Les moyens de coercition qu'elle laissait au père étaient encore très puissants, et les abus devenaient moins faciles. Malheureusement les lettres de cachet leur ouvrirent une autre voie. On sait comment ils s'y multiplièrent et rendirent odieuse une procédure qui pouvait offrir aux familles et à l'ordre public l'avantage du secret et de la promptitude, mais qui se prêtait aussi trop aisément à l'intrigue et à l'arbitraire.

Deux ordonnances remarquables vinrent compléter l'organisation de la correction paternelle dans le dernier état de notre ancien droit.

La première, du 20 avril 1684, est spéciale aux classes populaires parisiennes : « Les enfants, y est-il dit, soit garçons au-dessous de 25 ans, soit filles des artisans et des pauvres habitants de la ville et des faubourgs de Paris qui y exercent un métier ou qui y ont quelque emploi, lesquels maltraiteront leurs pères ou mères, ceux qui ne voudraient pas travailler par libertinage ou par paresse, et les filles qui auront été débauchées, et celle qui seront en péril évident de l'être, seront renfermés dans les lieux destinés à cet effet, savoir : les garçons, dans la maison de Bicêtre, et les filles, dans celle de la Salpêtrière ». Cette incarcération a lieu sur la plainte adressée au bureau de l'hôpital général par les père, mère ou tuteur. Elle n'est ordonnée qu'après enquête faite par deux directeurs de l'hôpital. S'il est nécessaire de recourir à la force, les parents devront présenter l'ordre au prévôt de Paris, qui fera effectuer l'arres-

[1] Voyez Desessarts, dans Guyot, v° *Correction*, t. V, p. 93. Cependant Poullain du Parc (t. I, p. 221), à propos de l'art. 656 de la Coutume de Bretagne (Cf. ci-dessus, p. 362, texte et n. 3), écrit sans aucune restriction, que le père « ne pouvait pas faire enfermer son enfant dans une maison de force sans une permission du juge ».

[2] Viollet, *Droit privé*, p. 507. L'histoire de Mirabeau en est une preuve. Son père, pressé de sévir contre lui, préféra toujours, pour cette cause, recourir « au despotisme barbare des lettres de cachet plutôt qu'aux lentes formalités d'une pédantesque justice » (Lettre du 21 mai 1777, citée par Bernard, p. 318).

tation. L'enquête doit être faite avec un soin spécial quand le plaignant est marié en secondes noces.

Il est digne de remarque que cette ordonnance ne vise que la population ouvrière d'une grande ville : indice que déjà la désorganisation du foyer, l'absence d'autorité chez les parents, leur incapacité comme éducateurs, étaient au nombre des maux qui sévissaient habituellement sur cette partie du corps social. Ces plaies sont encore ouvertes : que ne sont-elles encore ainsi localisées ! Il faut noter aussi la différence établie entre les garçons, que l'on ne peut enfermer s'ils ont plus de vingt-cinq ans, et les filles, pour lesquelles il n'y a pas de limite d'âge. Une autre particularité intéressante de l'ordonnance, c'est que la détention, une fois obtenue, est définitive. Il n'est plus au pouvoir des parents de la faire cesser. Elle dure aussi longtemps que les directeurs des maisons de force le jugent à propos. Tous les soins désirables sont d'ailleurs apportés à la moralisation des détenus : « Les garçons et les filles entendront la messe les dimanches et fêtes ; prieront Dieu un quart d'heure tous les matins et autant les soirs; seront instruits soigneusement dans le catéchisme et entendront la lecture de quelque livre de piété pendant leur travail. On les fera travailler le plus longtemps et aux ouvrages les plus rudes que leurs forces et les lieux où ils seront le pourront permettre ; et en cas qu'ils donnent sujet par leur conduite de juger qu'ils veulent se corriger, on leur fera apprendre autant qu'il sera possible des métiers convenables à leur sexe et à leur inclination et propres à gagner leur vie ; et ils seront traités avec douceur à mesure qu'ils donneront des preuves de leur changement[1] ».

La seconde ordonnance, rendue à Compiègne le 15 juillet 1763, est, au contraire, spéciale aux « jeunes gens de famille tombés dans des cas de dérangement de conduite capables d'exposer l'honneur et la tranquillité de leur famille, ou pour lesquels ils auraient été repris de police, sans cependant s'être rendus coupables de crimes dont les lois ont prononcé la pu-

[1] Ord. du 20 avril 1684 (Isambert, XIX, p. 442).

nition ». Leurs parents sont autorisés à demander leur exportation à la Désirade. Si les motifs qu'ils allèguent sont trouvés légitimes et reconnus fondés, l'ordre d'embarquement est signé par le secrétaire d'État au département de la Guerre et de la Marine. A la Désirade, les exportés sont soumis d'abord à un régime d'étroite surveillance et de dur travail. Ceux qui s'amendent obtiennent ensuite des concessions de terre à Marie-Galante. Plus tard, si leur famille le désire, ils sont ramenés en France. On prévoit enfin le cas où, victimes de leur inconduite, ils le seraient en outre de quelque machination intéressée. Si, malgré leur amendement, on persiste à les tenir éloignés, ils seront mis à même de recouvrer leurs biens par les voies légales, soit qu'ils désirent rentrer en France, soit qu'ils préfèrent demeurer aux colonies[1].

Quelque étendu que soit le droit de correction du père, il ne s'exerce donc jamais sans le concours des pouvoirs publics. Dans bien des cas, il est soumis à leur contrôle ; presque toujours, en droit, sinon en fait, l'enfant peut en appeler de la condamnation paternelle à leur jugement. Il semble donc bien, au premier abord, que la juridiction domestique, devenue purement disciplinaire en droit romain dès l'époque classique, et déjà en voie de disparaître du droit barbare dans le cours de l'époque franque, ne doive plus se rencontrer nulle part pendant la période que nous étudions ici. Ne nous hâtons pas de le croire. Rien n'est plus tenace que les conceptions primitives. Gravées par un long atavisme et par un enseignement sacré dans l'esprit des générations successives, elles sont, dans l'ordre moral, ce que sont, dans l'ordre physique, les traits distinctifs de la race. A des siècles de distance, après mille transformations, on rencontre souvent leur empreinte sur des institutions d'origine étrangère. Parfois aussi, lorsqu'elles paraissaient complètement effacées, on les retrouve, çà et là, complètement intactes. Tel est le cas de la notion germanique, celtique et romaine de la juridiction paternelle. Bannie des lois, mais exerçant peut-être encore son influence sur les

[1] Ord. de Compiègne, 15 juillet 1763 (ISAMBERT, XXII, p. 394).

mœurs dans la Gaule impériale, elle y fut renouvelée par l'exemple des Barbares. Ce qu'elle perdit chez eux à la longue, elle le gagna chez les Gallo-romains, et c'est justement dans les contrées où régna le droit de Rome ainsi rajeuni que nous retrouvons ses traces. A Montpellier et à Carcassonne au début du XIII[e] siècle, les délits commis à l'intérieur de la maison sont encore de sa compétence en dernier ressort. « *Domestica furta, vel rapine, vel injurie domestice corrigantur a dominis seu a magistris, ita quod non teneantur reddere curie, nec castigati de castigatione audiantur in curia; domesticos autem intelligimus: uxorem, servos, libertos, mercenarios, filios vel nepotes, discipulos, scolares auditores et omnes mares et feminas qui sunt de familia*[1] ». Il n'en va pas autrement, à la même époque et plus tard, à Agen, à Bergerac, en Normandie[2]. Au XIV[e] siècle, à Bordeaux, le père est seul juge dans son domaine : il fait droit aux tiers sur les siens, qui peuvent seulement en appeler de ses arrêts à la cour majorale[3]. En Dauphiné, en 1663, un fils est condamné par son père, et de l'avis de la famille, à vingt ans de galères pour tentative de parricide. Ce jugement est si bien tenu pour valable, que le procureur général du parlement de Grenoble interjette appel *a minima* et fait condamner le coupable aux galères perpétuelles[4]. Tels sont les derniers vestiges de la juridiction paternelle. Elle a complètement disparu de nos jours et depuis longtemps le père ne peut plus être juge de son fils, lorsque ce dernier « s'est rendu coupable de crimes » — ou de délits — « dont les lois ont prononcé la punition ».

IV

Crimes contre les parents.

L'arrêt qui vient d'être cité indique suffisamment que le

1 *Cout. de Montpellier de 1204* et de *Carcassonne*, art. 64, dans GIRAUD, I, p. 63.
2 Voyez les textes cités ci-dessus, p. 363, 364.
3 *Las costumas de la villa de Bordeü*, 64.
4 Arrêt du 19 septembre 1663 cité par MERLIN dans GUYOT, *Repertoire*, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 99.

parricide est puni de mort. Ce châtiment remplaça de bonne heure les peines moins sévères du droit canonique et des lois franques. Le Brachylogus à la fin du XIe siècle, le livre de Jostice et Plet au XIIIe, Boutillier au XIVe reproduisent intégralement les dispositions du Code et du Digeste[1]. Ce n'est pas, assurément, que l'on enferme encore le criminel dans un sac de cuir avec un chien, un coq, une guenon et une vipère pour le précipiter ensuite dans quelque gouffre : mais on le met à mort de la façon la plus solennelle, la plus terrible, la plus ignominieuse. En Normandie, au XIIIe siècle, le fils coupable doit être traîné et pendu, la fille brûlée vive[2]. Cinq cents ans plus tard, le supplice n'est pas moins rigoureux. Une sentence rendue et 1755 par le lieutenant criminel du baillage de Dourdan va nous en donner une idée. Elle ordonne que le condamné, nommé Brunet, soit mis à la question ordinaire et extraordinaire, puis mené à travers les rues par l'exécuteur de la haute justice, dans un tombereau servant à enlever les ordures. Il aura, devant et derrière, « des écriteaux portant les mots : parricide et assassin de dessein prémédité ». On le fera descendre d'abord devant la principale porte de l'église Saint-Germain. Là il fera amende honorable et aura le poing droit coupé. Après quoi, toujours dans la même charrette, il sera conduit sur la place de la ville, « pour y avoir les bras, jambes, cuisses et reins rompus vifs et être mis ensuite sur la roue ». Son cadavre sera brûlé ; ses cendres jetées au vent[3].

Les Romains ne s'étaient pas bornés à châtier le parricide. Ils s'étaient occupés aussi de le prévenir. Le sénatusconsulte Silanien, dont c'était l'un des effets, était encore appliqué, nous le savons, à l'époque franque, en Aquitaine. Nous l'y retrouvons en vigueur au XIVe siècle. Selon les anciennes coutumes de Bordeaux, nul ne peut hériter de la victime d'un assassinat s'il ne venge sa mort en justice[4]. Ce principe était admis, même en pays coutumier, par la jurisprudence des parlements,

[1] Cf. ci-dessus, p. 213, 214, *Brachylog.* IV, 33, 4 ; — *Jostice et Plet*, XVIII, 24. 5 ; XX, 9. — *Somme rural*, I, 28.
[2] MARNIER, *Normandie*, p. 26.
[3] Sentence du 11 décembre 1755 citée par DENISART, v° *Parricide*, nos 6 et 7.
[4] *Las costumas de la villa de Bordeü*, 222.

lorsque les circonstances de la cause en appelaient l'application[1]. Les dispositions du sénatusconsulte Macédonien se répandirent de même en dehors des pays de droit écrit. On les retrouve en Orléanais au XIII[e] siècle, en Poitou au XIV[e], en Anjou au XV[e][2], sans pouvoir affirmer toutefois qu'elles y fussent observées en pratique. Le parlement de Bourgogne, en 1628 et en 1676, en ordonne l'observation sous des peines pécuniaires considérables[3]. Il existait pourtant, semble-t-il, une certaine différence, sur ce point, entre la jurisprudence des pays de coutume et la loi des pays de droit romain. Tandis que celle-ci interdisait, en principe et sauf certaines exceptions, de prêter aux fils de famille, celle-là paraît avoir admis, au contraire, en principe et sauf certaines exceptions, la validité du prêt. D'après la première, le juge devait annuler le contrat, si ce contrat n'était pas de ceux que la loi autorisait exceptionnellement. D'après l'autre, le juge devait apprécier le caractère du prêt et pouvait toujours le déclarer nul ou valable, suivant l'illégitimité ou la légitimité de sa cause[4]. C'est bien ainsi, du reste, que l'entend Claude de Ferrière, quand il écrit : « Le sénatusconsulte Macédonien n'est point reçu en France.... Néanmoins, à l'égard des majeurs, s'ils avaient emprunté des sommes considérables, pour entretenir leurs débauches, et non pour leur servir d'établissement, et avec les usures qu'exigent ordinairement ceux qui prêtent aux enfants de famille, leurs obligations seraient cassées et déclarées nulles, suivant un arrest du parlement du 4 août 1611, donné en forme de réglement, les chambres assemblées, par lequel la cour a fait défenses de prêter de l'argent aux enfans de famille, quoyque majeurs[5] ».

Pas plus que le parricide, l'injure grave ne parut devoir être

[1] DENISART, v° *Indignes*, n° 4 ; — Cf. LOUET et BRODEAU (lettre H, n. 5), cités par LA THAUMASSIÈRE sur BEAUMANOIR, p. 447, al. penult.

[2] *Jostice et Plet*, VII, 6, 7 ; — *Droiz et commandemens*, 306 ; — BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Liger*, 576, 577.

[3] Arrêts cités par BEAUNE, *Personnes*, p. 548, n. 1.

[4] Arrêts du Parlement de Paris en 1526 et en 1577, cités par MERLIN dans GUYOT, v° *Puissance paternelle* (t. XIV, p. 119, 120), et étendant le S. C. Macédonien aux prêts de marchandises, sauf exception pour ceux qui ont une cause légitime.

[5] FERRIÈRE, II, p. 259.

laissée entièrement à la correction paternelle. Il fut réservé aux tribunaux de prononcer, contre les enfants qui s'en rendaient coupables, des peines pécuniaires ou corporelles et la révocation des dons entre vifs reçus par eux de leurs parents. Cette révocation est d'origine romaine, comme l'irrévocabilité même des donations. Telle l'organisent le Digeste et le Code, telle on la retrouve dans les manuels de droit romain du moyen-âge, dans le Livre des droiz et commandemens, dans la Somme rural[1].

Boutillier nous fait connaître, en outre, les peines portées à cette époque contre le fils impie par la coutume de Vermandois et par les ordonnances royales : « Qui par félon courage, écrit-il, envoye à sa mère lettres par le villain propos, chet en amende de dix sols, selon les coustumes anciennes. Mais pour ce que le Roy nostre Sire est Empereur en son royaume, pour ce peut faire loy et édict à son plaisir, et sur ce a ordonné à estre mis à l'eschelle par trois jours et puis banny de sa province »[2]. Les Fors de Béarn, dont l'ancienneté est grande, quoique leur rédaction soit relativement récente, mettent également une indemnité de cinquante besans à la charge de l'enfant, — fils, fille, gendre ou bru — qui « va contre son père ou sa mère en faits ou en dits »[3]. Les peines prononcées dans les temps modernes sont plus rigoureuses et, — chose bien faite pour montrer qu'il ne s'agit plus ici du droit de correction paternelle, — on poursuit d'office les coupables, et on les châtie malgré ceux qu'ils ont offensés. Un arrêt de 1577 condamne un fils à six ans de galères pour avoir battu et injurié sa mère, et bien qu'elle lui eût pardonné. Il devra en outre faire amende honorable, en chemise, tête et pieds nus, la corde au cou, et être fouetté dans les carrefours de la ville. En 1648, un fils ayant été condamné d'office pour mauvais traitements envers son père, celui-ci intervint en appel et soutint qu'il avait seul qualité pour intenter une pareille action, qu'il n'avait pas sujet de le faire, et que, en tout cas, il par-

[1] *Petrus*, I, 7 et 10; — *Brachylogus*, II, 13, 7; — *Droiz et commendemens*, 889; — *Somme rural*, I, 27.
[2] *Somme rural*, II, 40.
[3] *Fors de Morlaas*, 182, p. 159.

donnait. La Cour crut devoir rendre hommage à l'autorité paternelle en annulant la procédure de première instance; mais elle n'en condamna pas moins le fils à payer une amende et à demander, à genoux, pardon à son père en chambre du conseil. En cas de récidive, ajoutait-elle, le coupable encourra la peine de mort[1].

Dans le dernier état de notre ancien droit, la révocation des donations est aussi plus largement admise qu'autrefois. Les textes que j'ai cités, et, au XVIe siècle encore, la coutume de Clermont-en-Argonne, s'en tiennent aux cinq cas d'ingratitude « portés par la raison écrite[2] ». Plus tard, les ordonnances royales introduisent un sixième cas : celui du mariage de l'enfant sans le consentement de ses père et mère[3]. Claude de Ferrière nous apprend d'autre part que le droit romain n'était pas observé de son temps en ce qui concerne la mère remariée. Elle pouvait obtenir la révocation comme tout autre donateur et pour les mêmes motifs[4]. Au XVIIIe siècle enfin, plusieurs jurisconsultes soutiennent que les causes d'ingratitude ne sont pas limitativement déterminées par loi et qu'il appartient au juge de décider s'il y a lieu à révocation, en appréciant la gravité des faits par rapport à ceux que le législateur a cités : « C'est aussi un sentiment assez suivi, ajoute Pothier après avoir relaté cette opinion, que lorsque c'est un enfant qui est donataire, les quatorze causes d'exhérédation dont il est parlé dans le code de Justinien sont autant de causes, à son égard, pour révoquer les donations qui lui ont été faites par ses père et mère[5] ».

[1] Ces deux arrêts et un autre du parlement de Bourgogne, dans le même sens, sont cités par MERLIN dans GUYOT, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 99, 100.

[2] *Clermont en Argonne*, VI, 15; — Cod., VIII, 56, lois, 7, 9 et 10. Les cinq cas énumérés par Justinien comprennent : l'injure atroce, les sévices, l'attentat contre la vie ou la fortune du donateur, l'inexécution des charges dont il a grevé la donation.

[3] Cf. ci-après, VII.

[4] FERRIÈRE, I, p. 171; — Cod., VIII, 56, 7; — Nov., 22, 35.

[5] POTHIER, *Donations*, sect. I, § 1, *in fine*, t. VI, p. 504; — Cf. ci-après, ch. II, II, 2.

V

Droit de garde. — Responsabilité du père.

Il ne suffit pas à l'accomplissement de la mission paternelle que l'enfant soit respectueux et docile. Il faut encore qu'il ne puisse ni se soustraire ni être soustrait à la direction de son père. Le droit de correction et de juridiction domestique et la législation répressive que nous venons d'étudier tendent à réaliser la première de ces conditions. La seconde est assurée par le droit de garde. C'est assez dire qu'il ne s'agit point ici de l'institution coutumière du même nom. Celle-ci est l'une des formes que revêt l'autorité paternelle après que l'union des père et mère a été dissoute par la mort : nous nous en occuperons plus loin. Nous supposons, pour le moment, que les parents vivent l'un et l'autre. Ils ont le droit de retenir leur enfant près d'eux pour l'élever et veiller sur sa conduite ; ils peuvent, s'ils le préfèrent, lui donner d'autres éducateurs ; c'est à eux qu'il appartient de diriger son existence, de guider et de contrôler son choix quand vient pour lui le moment de s'établir : voilà ce qui constitue leur droit de garde. C'est de ce droit que nous devons considérer ici l'étendue et les conséquences, afin d'en retracer l'histoire. Encore négligerons-nous, comme précédemment, quelques-uns de ses principaux aspects, dont l'étude se rattache naturellement à celle que nous avons à faire de la profession religieuse et du mariage des enfants.

On ne trouve guère, au moyen-âge, de texte sur le droit de garde. Les manuels du XIe siècle reproduisent les dispositions romaines : action de vol accordée au père dont on a détourné le fils; peine de mort contre le plagiaire. Plus tard le livre de Jostice et Plet traduit le titre du Digeste sur l'interdit « *de liberis exhibendis* »[1]. En dehors du *Corpus juris civilis* lui-même, c'est tout ce que nous trouvons. Les coutumes sont muettes; il n'y a pas lieu de s'en étonner. La précocité des

[1] *Jostice et Plet*, XVI, 26.

majorités coutumières à cette époque et les usages relatifs à l'émancipation par établissement séparé suffisent à expliquer cette lacune. Elle ne fut pas comblée dans les rédactions du XVIe siécle, sans doute parce que l'on n'en éprouva pas le besoin. Un coutumier n'est pas un Code : on se contenta de corriger les anciens écrits conformément aux réclamations qui parurent fondées et aux exigences de la pratique, sans se mettre autrement en peine de les compléter. Le droit de garde n'en était pas moins reconnu et son exercice assuré. Nous en trouvons la preuve dans un arrêt du 7 mai 1653[1]. Un nommé François Brun, ayant obtenu des lettres d'émancipation, les avait fait entériner à la sénéchaussée de Poitiers malgré l'opposition de son père. La Cour, sur appel de ce dernier, déclara le fils non recevable en ces lettres et lui ordonna de réintégrer le domicile familial.

Le principe du droit paternel souffrait d'ailleurs exception, par raison d'intérêt public, lorsque l'enfant voulait s'engager dans l'armée royale. Il pouvait le faire à 16 ans sans aucune autorisation[2]. D'autres dérogations étaient admises. Nous en rencontrerons plus loin quelques-unes. Déjà nous avons vu que les tribunaux pouvaient soustraire les enfants maltraités à la garde de leurs parents[3]. Enfin j'ai fait connaître assez amplement la législation canonique relative aux enfants des infidèles, des hérétiques et des Juifs pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y revenir.

On ne sut malheureusement pas s'en tenir aux règles qu'elle avait posées, ni toujours allier, sur le point qui nous occupe, la tolérance à la conviction. Les désordres sociaux, les persécutions religieuses qui signalèrent partout l'avènement du protestantisme firent naître parmi les catholiques un esprit de représailles auquel, trop souvent, ils s'abandonnérent. Les passions politiques, les grandes et les petites ambitions, les jalousies, les convoitises, mille choses étrangères à toute idée de religion, vinrent encore envenimer la discorde et engendrer

[1] MERLIN dans GUYOT, *Répert.*, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 115.
[2] BEAUNE, *Personnes*, p. 543.
[3] Cf. ci-dessus, p. 364, 365 et s.; et ci-après, p. 385, 386.

les abus. L'édit de Nantes mit pour quelque temps un terme aux excès commis des deux parts. « Nous défendons, y est-t-il dit, à tous nos sujets, de quelque qualité et condition qu'ils soient, d'enlever par force ou induction, contre le gré de leurs parents, les enfants de ladite religion, pour les faire baptiser ou confirmer en l'Église catholique, apostolique, romaine. Comme aussi mêmes défenses sont faites à ceux de ladite religion prétendue réformée : le tout, à peine d'être punis exemplairement[1] ». On sait comment l'édit de Henri IV fut révoqué par Louis XIV en 1685. Le mouvement de réaction dont c'était le triomphe avait commencé auparavant et se continua dans la suite, avec plus ou moins d'activité jusqu'à la fin du XVIIIe siècle.

Il naquit, à vrai dire, au lendemain de l'édit de 1598. Dès le début du XVIIe siècle, on peut en relever de très visibles symptômes. Isaac Le Maistre, père du célèbre avocat, avait embrassé le protestantisme. Actionné en séparation, pour cette cause et pour bien d'autres, par Catherine Arnaud, sa femme, il perdit son procès. Catherine se retira chez son père avec ses enfants. Le Maistre les réclama, fit intervenir le syndic des huguenots, et finit par obtenir du garde des sceaux une ordonnance qui l'autorisait à les reprendre. Cet ordonnance, inspirée peut-être par un excessif respect pour la puissance paternelle, violait assurément les droits que la mère avait acquis, en matière religieuse, pour ses enfants et sur eux, par son mariage avec un catholique. Elle en appela au Parlement. La victoire judiciaire qu'elle remporta n'a, sans doute, rien que d'ordinaire en elle-même ; mais les circonstances qui l'accompagnèrent sont remarquables et bien propres à faire connaître l'état des esprits à cette époque. En dix jours, Antoine Arnaud, intervenant pour sa fille, « obtint sept arrêts de la grand'chambre et les remerciements de ses juges, qui voyaient, dans la cause d'une mère catholique, celle de la religion, de la morale et de la famille »[2].

[1] *Edit de Nantes* (1598), art. 18, dans Néron, t. II, p. 924.
[2] Bernard, p. 293, 294.

C'est vers 1660 que le pouvoir royal, sollicité par le clergé[1], commença à orienter dans un sens nouveau sa politique religieuse. Une certaine hésitation, toutefois, se remarque d'abord dans ses actes. Il essaie quelques mesures de rigueur, puis il semble les regretter. C'est ainsi que la déclaration de 1669 marque, en ce qui concerne la famille, un certain retour à la tolérance. On défend, sans doute, aux consistoires de blâmer ou de punir les parents protestants qui envoient leurs enfants aux écoles catholiques; mais, s'ils ont « des preuves évidentes que l'on veuille contraindre ou induire lesdits enfants à changer de religion », ils pourront avertir les père et mère, et ceux-ci recourir aux tribunaux. On ordonne aussi que les enfants dont le père a été catholique, fût-ce peu de temps, soient élevés dans la religion catholique, et l'on défend à leurs mères de les conduire aux temples ou aux écoles des réformés; mais on ordonne également que les enfants dont le père a toujours été protestant soient élevés dans la religion protestante, et l'on défend de les enlever à leur famille ou de les porter à se convertir avant qu'ils soient âgés, les garçons de quatorze ans, et les filles de douze ans[2].

Cette déclaration ne tarda guère à être rapportée. Celle du 17 juin 1681 permet aux enfants d'abjurer la Réforme, malgré leurs père et mère, dès l'âge de sept ans. Ils pourront, après cette abjuration, rester au domicile paternel ou bien le quitter, s'en choisir un autre et réclamer à leurs parents une pension alimentaire. Défense est faite aux protestants d'envoyer leurs enfants à l'étranger avant l'âge de seize ans ; ordre leur est donné de faire revenir ceux qui s'y trouvent déjà, sous peine d'une forte amende et de la confiscation annuelle d'une moitié de leur revenu tant que l'enfant restera hors de France[3].

C'était là comme une préface à l'édit de révocation de 1685. « A l'égard des enfants qui naîtront de la R. P. R., lisons-nous

[1] Voyez C. Rousset, *Hist. de Louvois*, t. III, p. 437, n. 1.

[2] Décl du 1er fév. 1669, art. 18 et 39 (Néron, II, p. 962, 964) ; — Arrêts du Conseil du 24 avril 1665 et du 2 avril 1666, et déclar. du 24 oct. 1665.

[3] Décl. du 7 juin 1681 (Néron, t. II, p. 965, 966).

à l'article 8 de cet édit, voulons qu'ils soient doresnavant baptisés par les curés des paroisses. Enjoignons aux pères et mères de les envoyer aux églises à cet effet là : à peine de cinq cens livres d'amende et de plus grande, s'il y échet. Et seront ensuite les enfans élevés en la religion catholique, apostolique et romaine; à quoi nous enjoignons bien expressément aux juges des lieux de tenir la main[1] ». En conséquence, « un édit de janvier 1686 ordonna que les enfants de cinq à seize ans fussent enlevés à leurs parents hérétiques et remis à des parents catholiques, ou, s'ils n'en avaient pas, à des catholiques désignés par les juges... On a dit que cette ordonnance n'avait pas été exécutée. Elle le fut, des documents historiques le prouvent. Le duc et la duchesse de la Force se virent arracher leurs enfants par la police ; le mari et la femme furent ensuite emprisonnés, l'un à la Bastille, l'autre au château d'Angers[2] ». Pareil fait se reproduisit plus d'une fois.

Nous verrons que les protestants émigrés perdirent, en 1686, le droit de consentir au mariage de leurs enfants demeurés en France[3]. Ces dispositions de l'édit de révocation, confirmées notamment en 1698 et en 1724 sur les points qui nous occupent[4], demeurèrent en vigueur jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle. Sans cesse menacées par ces lois iniques, les familles protestantes vécurent, tantôt paisibles, tantôt persécutées, selon les temps, les lieux, le caractère des dépositaires du pouvoir. Tranquilles tant que le cardinal de Fleury gouverna le royaume, elles furent de nouveau cruellement opprimées après sa mort.

« Dans un grand nombre de localités, dit M. Alfred Franklin, l'enlèvement des enfants fut une des mesures recommandées par la Cour. On les traînait à l'église .. Si les parents résistaient, on emprisonnait les parents ; s'ils s'enfuyaient, on

[1] Edit de révocation, art. 8 (ISAMBERT, XIX, p. 533). On tenta d'imposer cette loi même aux étrangers non naturalisés (Voyez FRANKLIN, p. 199, 200).

[2] BERNARD, p. 291 ; adde : p. 292.

[3] Cf. ci-après, VII.

[4] Décl. du 13 déc. 1698 (NÉRON, II, p. 977) ; — Décl. du 14 mai 1724, art. 3 (ISAMBERT, XXI, p. 261).

confisquait leurs biens. L'autorité procédait, en général, très méthodiquement. Avant l'envoi des dragons, les pères de famille soupçonnés recevaient un avis ainsi conçu : « Il est ordonné au sieur X. ., de faire porter à l'église de sa paroisse ceux de ses enfants qui n'y ont pas encore été baptisés ; et ce, dans trois jours, à compter depuis la date de la notification du présent ordre ; et de justifier, dans ledit délai, par un certificat de son curé, du baptême de ses enfants. Le tout, sous peine de désobéissance et d'être poursuivi et puni incontinent après, suivant la rigueur des ordonnances ». Quand le père n'obéissait pas dans les trois jours, un cavalier de la maréchaussée se présentait à la maison, porteur de l'ordre suivant : « Le sieur N..., cavalier de la maréchaussée de la résidence de... demeurera en garnison chez le sieur X..., jusqu'à ce qu'il aura fait porter ceux de ses enfants, qui ont été baptisés au désert, à l'église de... pour leur faire suppléer les cérémonies du baptême par M. le curé du lieu. Et se fera payer quatre livres par jour jusqu'à parfaite obéissance ; lui déclarant que la garnison sera renforcée[1] ».

Le premier effet de ces violences, fut de provoquer de toutes parts une réaction favorable à la liberté des protestants. « Un cri de terreur et de pitié s'éleva dans tout le royaume. L'horreur qu'éprouva la nation à l'aspect des échafauds partout dressés, partout ensanglantés, la commisération qui saisit tous les cœurs en songeant à cette multitude d'épouses infortunées, à qui d'inexorables juges enlevaient leurs enfants, leurs époux et jusqu'au nom d'épouses ; l'indignation qu'excitérent d'avides collatéraux, enrichis des dépouilles de leurs familles trahies par leurs infâmes délations ; une sorte d'effroi général en voyant où allait nous conduire cette jurisprudence atroce, suspendirent le cours de la persécution[2] ».

Les choses restèrent néanmoins en l'état jusqu'à la veille

[1] Franklin, p. 207-211.

[2] Rulhière, cité par Franklin, p. 211, n. 2 (référence indiquée, *ibid.*, p. 204, n. 1); — Cf. *ibid.*, p. 213, 215. Emporté par le goût de son époque pour l'épithète, l'emphase et la sensibilité, Rulhière exagère quelque peu. Ce tableau, véridique au fond, donnerait à penser que les protestants couvraient, au XVIIIe siècle, tout le territoire et formaient la majeure partie de la population. On sait qu'il n'en est

de la Révolution. C'est seulement au commencement de 1787 que furent officiellement désavouées, devant l'assemblées des notables, la révocation de l'édit de Nantes et les persécutions qui s'en étaient suivies[1]. L'édit réparateur que ce désavœü faisait prévoir ne fut promulgué que le 19 novembre de la même année, et le Parlement en différa la réception jusqu'au 29 janvier 1788[2]. Les agissements autorisés ou prescrits depuis cent années furent dès lors en droit, comme ils l'étaient en fait, des actes criminels. L'édit de 1787, il est vrai, ne fut pas reçu partout. Lors de la réunion des États-Généraux, les cahiers des différents ordres expriment, en plusieurs provinces, le vœu qu'il ne soit pas introduit, tandis qu'ailleurs on en réclame l'application[3]. Ce ne fut donc pas encore la pleine liberté de conscience pour les protestants : mais l'on cessa du moins partout de violer à leur égard les droits de la famille et de l'autorité paternelle.

Ils n'avaient pas été les seules victimes des empiétements de l'Etat sur ces droits. Il est telle lettre écrite de la part de Louis XIV, et qui montre qu'il ne pensait pas abuser en donnant ordre de garder un enfant dans un collége « sans le remettre à personne, pas même à son père quand il le demanderait »[4]. Au XVIII[e] siècle, on voit les exempts enlever, le soir, dans les rues, non seulement les femmes de mauvaise vie, mais les servantes et avec elles quelques filles d'artisans et de bourgeois, séparées ainsi violemment de leurs familles pour être envoyées ensuite en Amérique afin de peupler les eldorados du Mississipi[5].

L'autorité paternelle est de peu de poids, ses armes sont faibles et sa situation précaire en présence de l'absolutisme du pouvoir civil. Elle conserve encore dans beaucoup de maisons sa

rien. La nation vit bien les « échafauds *partout* dressés, *partout ensanglantés* » ; mais ce fut cinq années seulement après l'époque où Rulhière écrivait ces lignes, et la persécution, cette fois, n'était pas dirigée contre les protestants.

[1] FRANKLIN, p. 216.

[2] Edit du 19 nov. 1787, dans ISAMBERT, t. XXVIII, p. 472.

[3] Voyez CHAMPION, p. 216, texte et notes.

[4] Lettre de Pontchartrain citée par BERNARD, p. 293 ; — Cf. pour le Canada : VIOLLET, *Droit privé*, p. 414 ; — SUMNER-MAINE, *Études sur l'ancien droit*, p. 309 et s.

[5] Journal de BARBIER, IV, p. 401 ; — BERNARD, p. 305.

force et son prestige ; mais dans l'Etat, combien n'est-elle pas amoindrie ! Sa responsabilité a suivi naturellement la même marche que sa puissance. Je ne parle pas ici de l'obligation du père aux dettes de l'enfant : c'est une question à peu près étrangère au droit de garde et dont la solution dépend des principes qui règlent la capacité. La responsabilité dont il s'agit est celle des délits et des crimes. Ceux que l'enfant commet doivent-ils entraîner quelque condamnation contre le père tenu de veiller sur sa conduite ? Non, dit la loi romaine adoptée dans les pays de droit écrit[1]. Non, répète le droit canonique[2]. Non, écrit Boutillier, « jaçoit que le fils soit encore en mainburnie au péres, s'ainsi n'estoit que le père l'ayt ratifié ; car pour autruy délict, n'y est nul tenu »[3].

Le vieux juriste ne fait ainsi que suivre une doctrine étrangère. La décrétale d'Alexandre III, reproduite par Grégoire IX, et que je viens de rappeler, nous apprend elle-même que la coutume séculière des XIIe et XIIIe siècles est toute différente. Elle ne soumet sans doute pas le père, s'il n'est complice, à un châtiment corporel ; mais elle lui fait supporter toutes les condamnations pécuniaires. C'est aussi ce que dit Beaumanoir : « Quant pére et mére ont lor enfans avec eus en lor garde ou en lor mainburnie, et li enfant font aucun meffet, et quel meffet il apartiengne amende d'avoir, on se prend du meffet au pére, s'on ne pot treuver celi qui fit le meffet ; et s'on le tient et il l'amende, si convient-il que li pére pait l'amende, car li enfant qui sont en le mainburnie le pére ou le mére n'ont rien, soit qu'il aient aage ou non aage[4]. Et s'il avient que li enfant facent aucun cas de crieme duquel on doit perdre vie, s'on les tient, en les justice, et n'en pot on riens demander au pére n'a le mére, se li fes ne fu fes par eus ou par lor

[1] Le père n'est tenu que : « *de peculio* ».
[2] Décrétale d'Alexandre III (1159-1181), insérée au *Corpus* : *Decret. Greg. IX*, l. V, 23, 2.
[3] *Somme rural*, 29, p. 823.
[4] Il ne faudrait pas voir là une action « *de peculio* » à l'instar du droit romain, ni une application à la mainburnie coutumière des règles de la *patria potestas*. Ce passage est du pur droit coutumier. Je l'expliquerai plus loin (Cf. ci-après, ch. III, I).

porcas, ou s'il ne les rechetoient puis le fet, car s'ils le recetèrent puis, il sanlleroit qu'il eussent été agréable au fet. Ne-porquant, il n'en perderoient pas le cors, mais ils querroient en le merci du seigneur[1] ». Dans le midi même, des coutumes se rédigent à cette époque pour maintenir, à l'encontre du droit écrit, des règles identiques à celles que pose ici Beaumanoir[2]. L'Anjou les admettait aussi. Elles cessèrent de bonne heure, il est vrai, d'y être reçues en principe ; mais l'ancien usage s'y maintint assez longtemps sur le terrain essentiellement coutumier du droit féodal. Le noble, dit Claude Liger, est tenu des condamnations prononcées pour les « excès ou délits de son fils aîné[3]. Au XVIe siècle, dans le comté d'Eu, le père répond encore des délits de ses enfants, même émancipés, « au cas que les émancipés demeurent en la maison du père ». C'est seulement en 1580 que cet article, si exactement conforme aux enseignements de Beaumanoir, fut rayé, du consentement des états[4]. Nous avons déjà pu constater que la Bretagne resta fidèle à la tradition jusqu'à la fin de l'ancien régime[5]. Il est vrai que ces deux dernières coutumes parlent seulement d'une responsabilité civile, et que d'Argentré déclare les paiements faits par le père imputables sur la légitime de l'enfant; mais cela ne tire pas à conséquence. D'Argentré lui-même reconnaît que les mots : « amende civile » s'appliquent à la *peine* dont le montant est versé au fisc comme aux *réparations* adjugées à la victime du délit[6]. Il est à peu près certain que l'expression « civilement seulement », employée par la coutume d'Eu, a la même portée et n'affranchit le père que des condamnations corporelles. L'imputabilité des paiements sur la légitime était, d'autre part, et demeura toujours une opinion particulière. Puisée dans le droit romain, elle n'allait à rien

[1] BEAUMANOIR, XXI, 20 : adde : *Amiens* (1209), 42 et *Raisons... de la commune de St-Dizier*, 45 (BEUGNOT, *Olim.*, II, p. 738), cités par SALIS, p. 157.

[2] *Anciennes coutumes d'Agen*, 22 ; de *Larroque Timbaud*, 14 ; de *Clermont-Dessus*, 18. Voyez ces textes et leurs références, ci-après, ch. III, I.

[3] BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Liger*, 513.

[4] *Eu* 169 ; — RICHEBOURG, IV, p. 192, note g.

[5] Voyez les textes cités plus haut, p. 362, texte et n. 3.

[6] D'ARGENTRÉ *sur Bretagne*, *A*. 611, n° 2.

moins qu'à éluder la coutume par voie d'interprétation. La distinction expressément établie en Anjou par Claude Liger entre la responsabilité « *de peculio* », qui incombe, dit-il, au père roturier, et celle du père noble, fait assez connaître le vrai sens, le sens traditionnel des dispositions d'origine coutumière. La coutume de Bretagne n'en avait pas d'autre et ce fut aussi, nous allons le voir, celui qu'on lui reconnut jusqu'à la fin.

La théorie romaine avait été adoptée expressément par un certain nombre de coutumes, principalement celles des Flandres, tout imprégnées de droit romain[1]. D'autres, et c'était le plus grand nombre, restaient muettes sur la question. Comment devait-on interpréter ce silence ? Certains voulaient que l'on étendît à tous les pays coutumiers, et même au-delà, les règles observées en Bretagne. Quelques arrêts rendus à Paris, en Normandie, à Dijon, à Aix, leur donnèrent raison[2]. Ce système ne paraît pas avoir été le plus suivi. Merlin le rejette ainsi que la distinction, proposée par quelques jurisconsultes, entre les délits de l'enfant pubère, et ceux de l'enfant « *pubertati proximus* ». Cette distinction, dit-il, ne repose sur aucun texte et ne concilie même pas les arrêts contradictoires qu'elle a pour objet de mettre d'accord. La doctrine et la jurisprudence restaient donc indécises ; mais elles penchaient très fortement vers les solutions du droit romain et des coutumes romanisantes. En général, on ne tenait le père pour responsable que dans les cas spécialement prévus par les lois et les ordonnances de police, à moins qu'il ne fût complice du délit ou qu'il ne l'eût ordonné, autorisé, ratifié, ou seulement toléré. A plus forte raison se trouvait-il à l'abri de toute poursuite lorsque le coupable n'était pas en sa puissance, et qu'il n'avait pu de la sorte ni le châtier, ni le surveiller, ni le retenir[3].

Le fondement de l'une et l'autre théorie se révèle ainsi

[1] *Berry*, I, 12 ; — *Bourbonnais*, 169 ; — *Lorraine*, I, 24 ; *Bergh-Saint-Winox*, XVII, 32 ; — *Gand*, 21, 9 ; — *Audenarde*, XVII, 20 ; — Pour l'*Anjou*, Cf. ci-dessus, p. 382, texte et n. 3.

[2] Merlin dans Guyot, *Répert.*, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 105.

[3] Merlin dans Guyot, *Répert.*, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 101 à 106 ; — Cf. les auteurs et arrêts cités par Beaune, *Personnes*, p. 544, n. 2 et 4 et p. 545, n. 1 et 2.

comme identique : c'est immédiatement le droit de garde, médiatement le devoir de correction et d'éducation, qui engendrent la responsabilité paternelle. L'accord est complet sur ce point. Il n'y a discordance que sur l'étendue de cette responsabilité. La théorie coutumière, plus proche de ses origines germaniques, est plus rigoureuse pour le père ; la théorie du droit écrit, plus éloignée d'origines romaines toutes semblables, est plus rigoureuse pour l'enfant. La première représente les conceptions primordiales. Elle n'isole pas l'individu de la famille, et voit dans le chef, qui doit répondre pour celle-ci, le répondant de celui-là. L'autre représente les conceptions secondaires qui tendent partout et sans cesse à substituer la société politique à la société domestique et à désagréger celle-ci pour mettre en présence l'un de l'autre sans aucun intermédiaire, l'individu et l'État. C'est pourtant la théorie coutumière que notre code civil consacre[1] ; mais que reste-t-il des idées anciennes ? Nous avons recueilli leur héritage ; nous vivons d'elles, et elles ne sont plus.

VI

Entrée de l'enfant en religion ou dans les ordres. — Vœux.

Le droit romain interdisait à l'enfant qui n'était pas *sui juris* et pubère de faire des vœux sans le consentement paternel[2]. Cette doctrine, simple application des principes de la *patria potestas*, et d'ailleurs fondée en raison pour peu qu'on la restreignît aux mineurs d'un certain âge, fut reçue même en dehors des pays de droit écrit. Le droit canon la consacre. Le décret de Gratien, à la suite des collections du XIe siècle, reproduit les décisions du concile de Tribur et de la *synodus Hibernensis* que nous connaissons déjà[3]. Un peu

[1] Code civil, 1384, al. 2.
[2] Dig., 50, 12, 2, § 1 ; Cf. ci-dessus.
[3] *Corp. jur. can.*, 2, 20, 2, 2 : « *puella si ante* » et 2, 22, 5, 15 : « *pueri ante* » ; — Cf. ci-dessus, p. 220, texte et n. 2 et 3 ; adde : *Corp. jur. can.*, 2, 20, 2, 1 : « *si ni qualibet* », 2, 32, 2, 14 : « *mulier si quippiam* » et 15 « *merito hic* ».

plus tard, une décrétale d'Alexandre III[1], statuant au sujet d'un enfant qui s'était fait réclamer par ses parents peu de temps après avoir pris l'habit monastique, déclare la réclamation recevable et les engagements pris par les mineurs de 14 ans absolument nuls. On retrouve, au XIII[e] siècle, cette décrétale parmi celles de Grégoire IX[2], à côté de canons empruntés au concile de Mayence de 813[3]. La règle qu'elle pose est encore confirmée par le concile de Trente[4].

Quatorze ans était l'âge de la puberté en droit romain, de la majorité d'après bien des coutumes[5]. Il ne fut pas jugé assez tardif par le législateur civil. Un peu avant que le concile de Trente déclarât s'en tenir à cet égard aux dispositions du *Corpus*, l'ordonnance d'Orléans avait exigé la réunion de deux conditions pour que la profession religieuse pût être légalement reconnue : consentement des père et mère ; âge minimum de 25 ans pour les hommes et de 20 ans pour les femmes[6]. L'ordonnance de Blois, en 1579, ramena la limite d'âge à celle que le concile avait fixée depuis lors ; mais la divergence entre les deux législations ne disparut pas. Le concile, en effet, distinguait entre la profession et la vêture. Celle-ci demeurait soumise aux anciens canons : à tout âge on pouvait y être admis, et le consentement paternel n'y était nécessaire qu'au-dessous de 14 ans. Celle-là n'était permise à personne avant 16 ans[7] : elle ne requérait donc pas le le consentement paternel. L'ordonnance, elle aussi, laissait subsister l'ancien droit en ce qui concerne ce consentement ; mais l'ancien droit n'était autre, ici, que l'ordonnance de 1560 :

[1] Alexandre III fut pape de 1159 à 1181.

[2] *Decr. Greg. IX*, lib. III, 31, 8.

[3] *Decr. Greg. IX*, lib. III, 31, 1 et 2; Cf. ci-dessus, p. 225, texte et n. 4.

[4] Conc. Trid., Sess. 25, *de regul et mon.*, c. 18; Cf. ci-après, p. 390, n. 2.

[5] Cf. ci-après, ch. II, I. M. BEAUNE, n'est pas tout à fait exact en affirmant (*Personnes*, p. 170) que, jusqu'au XVI[e] siècle « les *mineurs* pouvaient faire *profession* sans l'autorisation de leurs père et mère, à moins qu'ils ne fussent d'un âge qui excluait évidemment tout consentement ». On pouvait, à tout âge, *recevoir l'habit*; mais la loi religieuse et la loi civile (DESMARES, 33, p. 563) étaient d'accord pour interdire la *profession* aux *mineurs*.

[6] Ord. d'Orléans de 1560, art. 19 (NÉRON, t. I, p. 378).

[7] Conc. Tred., Sess. 25, *de reg. et mon.*, c. 15.

on ne pouvait donc faire profession, ni prendre l'habit religieux sans la permission de son père avant 20 et 25 ans. La profession devenait seulement possible avec cette permission à l'âge de 16 ans[1]. Ce terme fut reculé à 18 ans pour les femmes et 20 ans pour les hommes par un édit donné en mars 1768 et confirmé par lettres patentes du 17 janvier 1779[2].

Ces différences entre le droit canon et le droit civil exercèrent d'autant plus d'influence sur les décisions judiciaires que les vœux prononcés en dehors des conditions légales n'étaient pas déclarés nuls. Il n'appartenait pas à la loi séculière de statuer sur leur validité. Elle pouvait seulement refuser de les reconnaître : c'est ce qu'elle avait fait. Ils ne produisaient pas d'effets civils ; ils laissaient intacts la capacité de l'enfant et le droit de garde des père et mère, mais ils étaient valables pourvu que la loi religieuse les considérât comme tels. Dès que le profès avait atteint l'âge fixé par les ordonnances, il était lié par sa profession et placé sous l'autorité des supérieurs. Ses parents cessaient de pouvoir le retenir. Il lui était interdit de se soustraire à ses engagements, lorsqu'ils n'avaient pas été viciés par erreur, dol ou violence. Les deux législations admettaient ainsi, aux mêmes conditions, la validité des vœux : elles n'établissaient de conditions différentes que pour les effets de ces vœux. La jurisprudence adopta sur ce dernier point un système transactionnel. La profession ou la prise d'habit d'un mineur de seize ans était toujours annulée ; s'agissait-il, au contraire, d'un enfant majeur de cet âge et mineur de vingt-cinq ans[3], on tenait très largement compte des circonstances. Tantôt les parents obtenaient complètement gain de cause, comme le lieutenant criminel d'Angers, Pierre Ayrault, qui publia à cette occasion un traité de la puissance paternelle adressé « à René Ayrault, son fils, soy disant jésuite ».

[1] Ord. de Blois de 1579, art. 28 (Isambert, t. XIV, p. 391).

[2] Edit de Mars, 1768, art. 1 (Isambert, t. XXII, p. 476) ; — Denisart, v° *Vœux*, n° 19.

[3] On ne tenait pas toujours compte de la distinction établie par la loi entre les garçons et les filles. Un arrêt du Châtelet du 30 août 1760, ordonna à une fille de 23 ans de quitter le couvent où elle allait faire profession et de retourner chez son père pour y rester jusqu'à 25 ans (Denisart, v° *Religieux*, n° 46).

Tantôt ils perdaient complètement leur procès, ou bien les tribunaux ordonnaient que la vocation de l'enfant fût éprouvée Ils assignaient alors à ce dernier une résidence, soit chez ses parents, soit dans une autre maison, religieuse ou séculière. Ils désignaient parfois les autorités laïques ou ecclésiastiques chargées d'examiner la sincérité de ses désirs. Souvent ils se bornaient à fixer un délai, au terme duquel il était autorisé à réintégrer son monastère, si telle était sa volonté[1].

Lorsque l'enfant désirait entrer en religion, l'arbitraire du juge était ainsi la seule sauvegarde de sa liberté contre les abus possibles de l'arbitraire paternel. Il en était à peu près de même, malgré l'abondance, la précision et l'unanimité des lois, lorsqu'il désirait, au contraire, rester dans le monde. Le mouvement dont nous avons constaté la naissance à l'époque franque, achève cependant de se développer au commencement du moyen-âge, et ramène définitivement, dès le XIIIe siècle, le droit canonique à la discipline primitive. Baluze cite un acte du XIe qui paraît supposer à l'enfant offert en bas-âge, le droit de sortir du monastère, s'il lui plaît, à la fin de sa dixième année : « *In Dei nomine, ego Deusdet Terondellus, reddo et commendo Petrum filium meum Deo et sanctæ Fidi et Petro Arnaldo, monacho, ut teneat et nutriat illum usque ad decem annos... et post decem annos... monachus qui tenuerit Claunianicum prædictum filium meum teneat in domo sua, ut illi semper serviat sicut homo proprius suus. Et si utilis fuerit, faciet illum ordinare ad presbyterum. Et quando voluerit faciat illum monachare in monasterio* ». Telle est l'offrande : on ne saurait douter que la volonté du père ne soit de donner à ses effets toute la durée possible. Restait à indiquer ce que deviendraient les dons offerts en même temps que l'enfant, si, pour une cause ou pour une autre, l'engagement pris par les moines de pourvoir à son entretien, se trouvait sans objet. Or, les causes prévues sont au nombre de deux : la mort de l'enfant, sa sortie volontaire :

[1] Voyez les arrêts cités par DENISART, v° *Religieux*, nos 40 à 47 ; — POULLAIN-DUPARC, I, p. 218, 219, 220 ; — Cf. BEAUNE, *Personnes*, p. 171.

« *Si, post decem annos, filius meus monachis sanctæ Fidis noluerit servire et habitare cum illis* ». Ces deux événements sont mis sur la même ligne; l'un et l'autre laissent au monastère les bénéfices du contrat : c'est donc que ni le père, ni les moines ne pouvaient empêcher le second plus que le premier[1].

Les collections du XIe siècle en sont encore, d'ailleurs, aux errements du VIIe et du VIIIe, bien qu'elles renferment des canons tout opposés[2]. Gratien ayant intitulé son œuvre « *Concordia discordantium canonum* » se devait à lui-même d'y insérer ensemble la plupart des textes contradictoires que nous avons étudiés précédemment. La conciliation qu'il admet est d'ailleurs toute favorable à la discipline la plus récente : elle consiste à interpréter les textes contraires comme relatifs aux enfants majeurs de dix ans que le concile de Tolède défend de contraindre[3]. Pancapalea semble incliner au contraire vers l'ancienne doctrine. Il faut décider, dit-il, que l'enfant mineur offert à un monastère doit, à quinze ans, être interrogé par l'évêque et laissé libre de demeurer ou de se retirer[4]. Le pape Alexandre III, cependant, tout en ne tenant pas pour obligatoire, en général, la profession faite avant l'âge de quatorze ans et non ratifiée après, déclare qu'elle le sera si l'enfant a été offert par ses parents[5]. Bientôt certaines restrictions commencent à se faire jour dans les décisions de la Cour de Rome. Clément III, après avoir posé en principe qu'une fille nubile ne peut pas être faite religieuse malgré elle, en oblige une, qui avait été offerte avant sa douzième année par ses père et mère, à rentrer dans le cloître d'où elle était sortie : mais elle avait reçu la bénédiction et le voile après l'âge voulu; elle ne s'y était pas expressément refusée et le texte semble indiquer cette ratification tacite comme le motif

[1] BALUZE, *Capit.*, *append. act. veter.*, c. 150, t. II, col. 1553.

[2] Voyez les références de FRIEDBERG, sous *Corp. Jur. can.* II, 20, 1, c. 2, 3, 6 et 8. Le canon n° 6 est le texte dont j'ai indiqué l'origine ci-dessus, p. 226, n. 2.

[3] *Corp. Jur. can.* II, 20, 1, ad. c. 1, 2 et 8; Cf. ci-dessus, p. 223, texte et n. 1 : — Voyez aussi ci-dessus, n. 2 et p. 226, n. 3. En général le droit canon répute l'enfant affranchi de la puissance paternelle, quant aux choses spirituelles, dès la puberté.

[4] *Corp. Jur. can.* II, 20, 1, 10 : « *illud autem statuendum* » (PALEA).

[5] *Decret. Greg. IX*, lib. III, 31, 8 et 11.

déterminant de la sentence[1]. Quelques années plus tard, Célestin III revient enfin très explicitement à la discipline primitive. Un père s'étant donné à un monastère avec son fils impubère et tous ses biens, le pape décide que si le fils, après avoir atteint l'âge de discrétion, veut sortir du monastère, on ne peut le contraindre à y rester, ni retenir à son détriment la succession paternelle[2].

Cette lettre, insérée avec les précédentes dans la collection de Grégoire IX, fit triompher les vrais principes. Le savant Thomassin assure, il est vrai, qu'on la détournait ainsi de son véritable sens. Elle ne s'appliquait probablement, dans l'espèce, dit-il, qu'à un enfant offert après l'âge de dix ans. et Célestin III entendait se conformer simplement au canon du dixième concile de Tolède qui interdit de contraindre les majeurs de cet âge[3]. Cette opinion paraît contestable. Le texte du concile de Tolède n'était pas resté immuable en passant pendant cinq siècles de recueil en recueil, de manuscrit en manuscrit. Ceux même du Corpus sont loin d'être d'accord en ce qui concerne l'âge. Les uns portent dix ans, d'autres douze ans, d'autres quatorze[4]. En considérant l'ensemble des textes canoniques, voire en se reportant seulement à ceux que j'ai cités ici et dans la seconde partie de cet ouvrage, on se convaincra qu'à la fin du XII[e] siècle, et longtemps auparavant, l'âge unique fixé par le concile avait fait généralement place à ceux de quatorze ans pour les garçons et douze ans pour les filles. C'était l'âge de la puberté. En quoi l'on n'avait fait, sans doute, que se conformer à l'intention, sinon à la parole, des pères de Tolède. S'il y a quelque conjecture à faire sur la pensée de Célestin III, ce n'est donc pas celle de Thomassin qui peut être la plus plausible. Quoiqu'il en soit, Innocent III consacra bientôt à son tour, et définitivement, le principe de liberté. L'enfant offert par son père dut être désormais, à l'âge de quinze ans, interrogé sur ses volontés et mis à même

[1] *Decret. Greg. IX*, lib. III, 31, 12 ; — Clément III fut pape de 1187 à 1191.
[2] *Decret. Greg. IX*, lib. III, 31, 14 ; — Célestin III fut pape de 1191 à 1198.
[3] Thomassin, I, p. 1767.
[4] Voyez *Corp. Jur. cap.* II, 20, 2, 1 : « *Si in qualibet* » dans Friedberg.

de les suivre[1]. Une des dernières traces de la discipline ainsi abrogée se retrouve dans les statuts rédigés en 1226 par les abbés bénédictins de la province de Narbonne. Ils décident que les enfants reçus dans les monastères y feront nécessairement profession dès qu'ils auront l'âge, au lieu que les adultes entrés au noviciat pourront se retirer tant qu'ils n'auront pas fait profession[2].

On ne blâma d'ailleurs jamais les offrandes, que lorsqu'elles étaient inspirées par la cupidité ou par l'ambition. Les règles qui déterminent leurs effets prouvent leur fréquence. Thomassin a rassemblé sur ce sujet de nombreux textes et de nombreux exemples, auxquels il me suffira de renvoyer. C'est, entre beaucoup d'autres, Louis VI félicité par Honorius II pour une oblation de cette sorte ; Louis VIII vouant par testament à l'état religieux son cinquième fils et tous ceux qui pourraient naître ensuite ; saint Louis ordonnant que les deux fils qu'il avait eus au-delà des mers fussent élevés dans des monastères afin d'y être portés sans contrainte à se faire moines : « *documentis salutaribus informati, Domino inspirante* ». C'est encore Charles VI offrant sa fille, âgée de cinq ans, au monastère de Poissy. Il lui permit, du reste, lorsqu'elle eut douze ans révolus, d'en sortir pour se marier ; ce qu'elle refusa. En 1570, saint Pie V, voulant interdire aux Servites d'admettre des jeunes gens au noviciat avant dix-huit ans, et à la profession avant dix-neuf, a soin de spécifier dans sa bulle que cette règle s'appliquera même aux enfants offerts par leurs parents[3]. Si l'on continua de la sorte, jusqu'à nos jours, à faire élever des enfants dans les cloîtres, afin qu'ils y restassent toute leur

[1] THOMASSIN, I, p. 1779 (Innocent. III, reg., 15, epist., 114).

[2] THOMASSIN, I, p. 1780. Le concile de Trente (Sess., 25, *de regul. et mon.*, c. 18) menace d'excommunication quiconque forcera une fille ou femme à entrer au couvent, à y prendre l'habit ou bien à y faire profession hors les cas de droit *præterquam in casibus in jure expressis* ». La fille mineure de douze ans se trouve précisément dans un de ces cas, par rapport à ses parents, en ce qui concerne l'admission et la vêture. Quant à la profession, cf. ci-dessus, p. 385. « Les canonistes croient commmunément, dit THOMASSIN (p. 1775), que les parents ne peuvent user de contrainte si l'enfant résiste, quelque mineur qu'il soit ; mais cette solution est contraire aux textes ».

[3] THOMASSIN, I, p. 1779 à 1781.

vie, ce fut sans porter, en droit, nulle atteinte à leur liberté : tels aujourd'hui les élèves des petits séminaires, destinés à l'état ecclésiastique, et élevés dans cette vue, mais parfaitement libres, après avoir fini leurs études, d'embrasser une autre carrière.

Aussi bien, l'abus ne disparut-il pas plus que l'usage. « En ce temps, dit un biographe du XVIe siècle, à cause des guerres sanglantes excitées par les hérétiques, on ne parlait presque point des maisons religieuses et on ne voyait que rarement, ou point du tout, une fille de noble maison entrer en religion à l'âge de 17 ou 18 ans. On les y mettait d'ordinaire fort jeunes, n'ayant pas la capacité de discerner la grandeur de l'état religieux et les obligations qu'il comporte, ce qui a été cause en France de grands scandales et de plusieurs inconvénients [1] ». Le bon Thomassin lui-même croit devoir observer que la discipline introduite au VIe siècle et abandonnée depuis « ne saurait servir de prétexte pour couvrir la dureté impitoyable des parents qui forcent quelquefois leurs enfants à entrer et à passer leur vie dans un cloître [2] ». Le concile de Trente et la jurisprudence civile accordaient cependant un délai de cinq années à toute personne entrée en religion par crainte pour réclamer contre sa profession [3]. La contrainte imposée par les parents était certainement regardée comme une cause d'annulation. Le délai ne courait que du jour où elle avait cessé, et l'on présumait qu'elle ne cessait pas avant la mort de ceux qui l'avaient exercée [4]. Malgré cela, le recours ouvert aux enfants contre cet abus de l'autorité paternelle demeurait, dans la plupart des cas, inutile, souvent faute d'être utilisé. On sait assez que la « dureté impitoyable » dont parle Thomassin, ne cessa de produire en France jusqu'à la fin de l'ancien régime « de grands scandales et plusieurs inconvénients ».

[1] La vie admirable de la B. Marie de l'Incarnation, par ANDRÉ DU VAL (son confesseur). Paris, LECOFFRE, 1893.

[2] THOMASSIN, I, p. 1769.

[3] Conc. Trid., sess. 25, *de reg. et mon.* c. 19 ; — DENISART, v° *Vœux*, n° 32, texte et n. 6.

[4] DENISART, v° *Vœux*, n°s 33 et 39 à 42.

VII

Mariage de l'enfant. - Rapt. — Séduction. — Fiançailles.

Plus grands encore, peut-être, furent les inconvénients et les scandales produits, en matière de mariage, par des abus analogues et par la législation elle-même.

J'ai montré, dans la deuxième partie de cet ouvrage, que les Barbares et les Romains s'accordaient à voir, avant tout et presque uniquement, dans le rapt, un attentat contre l'autorité paternelle. Les lois romaines le punissaient de mort. Si la peine ne pouvait être appliquée, soit par défaut de poursuite, soit par l'effet d'une grâce ou du droit d'asile, le mariage demeurait néanmoins impossible entre le ravisseur et sa victime, fussent-ils fiancés auparavant. Le consentement de celle-ci, celui de ses parents, voire même leurs instances, ne levaient pas cet empêchement. Il était dirimant et perpétuel; aucune dispense n'était admise. Les lois barbares, fidèles à leur système traditionnel, fixent des compositions et laissent les offensés maîtres d'entrer en accommodement avec l'offenseur. Le rapt est, du reste, une façon de contracter mariage. L'union qu'il engendre est incomplète ; mais elle existe : il suffit que la ratification paternelle et le paiement du prix nuptial viennent la compléter. Les lois ecclésiastiques fulminent l'excommunication contre les coupables et leur imposent une sévère pénitence : une fois la pénitence accomplie et la censure levée, nul empêchement n'existe plus.

Voué à disparaître, dès lors qu'il avait contre lui toutes les tendances de l'Eglise et toutes celles de la coutume, le système romain ne laissa pas de faire sentir son influence. Nous l'avons constatée dans le décret de Childebert, dans les capitulaires du IXe siècle, dans les décisions conciliaires de la même époque. Elle parut triompher à ce moment; mais ce triomphe fut peu durable.

La coutume demeura réfractraire, en ce point, aux idées

romaines, même dans certaines contrées où leur victoire devait, semble-t-il, être facile et complète. A la Réole, à la fin du xe siècle, le ravisseur paye une composition et une amende, si la fille est plus noble que lui ; sinon il doit la marier ou l'épouser[1]. Les « *Usatici* » de Barcelone posent, cent ans après, une règle toute pareille, à cela près qu'il n'est plus fait acception de personnes, et que les parents de la fille peuvent, en la dotant, contraindre le ravisseur au mariage[2]. Voici ce que nous lisons vers ce temps dans les coutumes de Bigorre : « *Nemo quamlibet mulierem violenter rapiat ; quod si quis fecerit, LXV solidos comiti persolvat et legem conquerenti*[3] ». On dirait d'une loi barbare. Si nous continuons notre recherche à travers les âges et les pays, nous rencontrons au xiie siècle dans les principautés latines du Levant les mêmes usages qu'à la Réole et à Barcelone, avec cette différence que dans tous les cas où le ravisseur ne peut ni payer, faute d'être assez riche, ni épouser, faute d'être accepté par les parents, il est mutilé et banni pour l'an et jour[4]. Au xiiie, dans les Flandres, la cora de Furnes décrit en ces termes l'intéressante procédure à laquelle donnaient lieu les poursuites : « Quiconque est accusé de rapt doit être arrêté par justice, lui et la femme, si on les trouve. Le troisième jour, ils comparaîtront : l'homme sera d'un côté, la femme et ses parents de l'autre, et le juge dira à la femme d'aller avec lui si elle veut. Si elle y va, il sera libre et devra l'épouser. Si elle ne veut pas y aller et qu'elle porte plainte du rapt, on fera justice du coupable après qu'il aura été convaincu ». La peine est laissée à l'arbitraire du juge[5]. A partir de cette époque, c'est généralement la mort qui est prononcée : le coupable doit être traîné et pendu ou perdre tel membre que désignera la victime ; mais partout le consentement

[1] *Cons. et jura monast. Regulæ*, 51, 52, dans GIRAUD, II, p. 518. Ces coutumes sont de 977. Cette obligation de doter ou d'épouser est de droit primitif ; cependant il est possible qu'elle ait ici et dans les coutumes suivantes une origine ecclésiastique (Cf. ci-après, p. 396, texte et n. 3).

[2] *Usatici Barchinone*, 108, dans GIRAUD, II, p. 488. Ces coutumes sont de 1068.

[3] *Bigorre de 1097*, art. 22, dans GIRAUD, I, p. 23.

[4] *Cour des Bourgeois* 134.

[5] *Furnes*, 58, 59, dans GIRAUD, I, p. 114. Cette coutume est de 1240.

de celle-ci l'excuse et le mariage est alors possible. Il en est ainsi notamment en Beauvoisis et en Normandie au XIIIe siècle; en Vermandois, en Anjou et en Poitou au XIVe[1]. Nous verrons cette tradition se conserver, en Bretagne et ailleurs, malgré tous les changements du droit, jusqu'au XVIIIe siècle[2].

Quelquefois les conditions varient : ici, la ratification de la fille enlevée paraît suffire[3]; là, le consentement de ses parents est nécessaire[4]; il faut, ailleurs, qu'elle soit rentrée vierge dans leur maison[5]. On fait encore d'autres distinctions : tantôt, le ravisseur a le choix de l'épouser ou de la doter seulement[6]; tantôt, l'on exige pour cela qu'il soit de plus haut lignage qu'elle[7]; tantôt, c'est à elle ou à ses parents de réclamer ce qu'ils préfèrent. En Béarn, elle doit être conduite tout d'abord dans un monastère. Le seigneur du lieu décide ensuite de son sort : il peut la rendre à son père ou la marier au coupable; peut-être même la faire rester au couvent[8]. Toujours et partout, le fond de la coutume est le même, tout opposé au droit romain. « Si aucun forsoit une femme ou une fille pucelle, lisons-nous au *Livre des Droiz et commandemens*, selon droit civil, il ne seroit pas quictes pour la vouloir prendre à femme, mais en seroit pugny criminellement, et en devroit prendre mort : car droit civil ne veult pas que un homme de son délit ait consolation. Et supposé qu'il ne l'eust pas forsée, mais qu'il en eust fait son poer, aussi bien seroit puni selon droit civil; car la bonne voulenté est réputée pour le fait... Et de droit commun, se un homme avoit fait tel

[1] BEAUMANOIR, XXX, p. 161, 162; — MARNIER, *Coutumes de Normandie*, p. 35; — *Somme rural*, XL, p. 867, 868; — BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Glosées*, 20; *Liger*, 1318, 1319; — *Droiz et commandemens*, 201, 335, 659.
[2] Cf. ci-après, 399, 400.
[3] BEAUMANOIR, *Glosées*, *Liger*, ci-dessus, n. 1; — *Furnes*, ci-dessus, p. 393, n. 5.
[4] *Normandie*, ci-dessus, n. 1; — *Cour des Bourgeois* ci-dessus, p. 393, n. 4; — *Barcelone*, ci-dessus, p. 393, n. 2.
[5] *Somme rural*, ci-dessus, n. 1. Boutillier indique ici la coutume; ailleurs il copie le droit romain (Voyez ci-après, p. 397).
[6] *La Réole*, ci-dessus, p. 393, n. 1; — *Droiz et commandemens*, ci-après, n. 7.
[7] *Droiz et commandemens*, 335. Cet article ne s'accorde pas entièrement avec celui que je vais citer au texte. J'inclinerais à penser qu'il nous donne la coutume poitevine; et l'autre, les principes fondamentaux communs au Poitou et à l'Anjou.
[8] *Fors de Béarn* : *Morlaas*, 218.

forsement, il en seroit quictes pour la vouloir prendre à femme ou la marier selon son estat : car droit commun ne veult ne mais toute équité, et droit civil rigour et justice »[1].

Cette voie, plus indulgente et plus humaine, de l'équité fut aussi celle du droit ecclésiastique. Conseillers habituels du souverain, accoutumés à lire les décrets des conciles dans les capitulaires, et les capitulaires dans les collections canoniques, alarmés aussi de la fréquence persistante du rapt et pressés d'y porter remède, les évêques rassemblés à Meaux en 845 s'étaient décidés à renouveler les dispositions toutes romaines de Louis Le Pieux. Lorsque l'Église, dans le cours du xe siècle, se fut mise en possession exclusive de la compétence juridique en matière conjugale, les principes qui lui étaient propres redevinrent partout la base de sa législation. Le rapt demeura frappé d'anathème ; il cessa d'être un empêchement perpétuel. *Raptor*, *rapta*, dit Gratien, ce sont là des noms donnés au crime, non à la personne. Quand la *rapta* a été rendue à son père, quand le *raptor* a accompli la pénitence canonique, le crime est effacé. Rien ne s'oppose plus à l'union, si le père n'y met point obstacle[2]. Innocent III va plus loin : le consentement de la jeune fille suffit, s'il est libre, pour que le mariage soit possible. Cette décrétale fit loi jusqu'au xvie siècle[3]. On en vint même à se contenter d'un consentement tacite[4]. Le rapt, n'était plus, dès lors, en aucune manière, un empêchement.

Le concile de Trente, saisi d'un projet tendant à réformer le droit canon sur ce point et à contraindre, d'autre part, le coupable à épouser sa victime, lorsque celle-ci l'exigeait, rejeta cette dernière proposition, comme contraire à la liberté du mariage; mais il déclara l'union conjugale impossible tant que la jeune fille n'aurait pas librement consenti. Qu'il l'épousât ou non, le ravisseur était, dans tous les cas, excommunié,

[1] *Droiz et commandemens*, 659.

[2] *Corp. Jur. can.* II, 36, 2, 1 à 5, et 8 à 11 avec les *Dicta Gratiani*. Dès le temps d'Yves de Chartres, les canons du IXe siècle n'étaient plus régulièrement appliqués (Cf. Vantroys, p. 230, texte et n. 3).

[3] *Decret. Greg. IX*, lib. V, 17, 7.

[4] Esmein, *Mariage*, I, p. 393, texte et n. 2.

noté d'infamie perpétuelle, exclu pour toujours de toute dignité et tenu de la doter convenablement, « *arbitrio judicis* ». Aucune mention n'était faite du consentement des parents : c'était le déclarer inutile. On en demeurera convaincu si l'on rapproche de cette circonstance les faits que je vais exposer bientôt au sujet de l'enlèvement sans violence et du mariage ou des fiançailles contractées sans ce consentement[1]. Il faut observer, en outre, que le concile n'exige pas le retour de la jeune fille à la maison paternelle, mais seulement sa mise en liberté et sa retraite en un lieu sûr, où sa volonté puisse se manifester librement[2].

L'Eglise et la coutume arrivaient de la sorte à des solutions semblables. Ce serait cependant une erreur de croire que l'Eglise eût adopté la coutume ou que la coutume se fût modelée d'aprés les décisions de l'Eglise. Il y avait eu, sans doute, influence réciproque, mais chacune n'en avait pas moins suivi sa propre voie. Cette voie avait, de part et d'autre, la même origine. La notion du mariage par enlèvement, à laquelle se rattachait la tradition coutumière, n'était pas étrangère à la tradition ecclésiastique. Elle avait passé de la Bible dans les écrits de saint Jérôme ; de là dans les collections canoniques, puis dans le *Corpus juris*. Les dispositions qui en dérivent dans la loi mosaïque formaient le principal fondement des décisions de Gratien[3]. Il y avait toutefois une différence. Le droit canon devait un principe aux conceptions primitives ; la coutume leur devait son existence. Elle était le résultat de leur développement, de leurs transformations successives, de leur lente évolution.

[1] Cf. ci-après, p. 416 et s. L'enlèvement sans violence n'étant pas tenu pour rapt, les fiançailles et le mariage étant déclarés valables sans le consentement des parents, le concile ne pouvait fonder l'empêchement de rapt que sur la violence faite à la jeune fille et sur le vice du consentement qui en résultait. Si donc la violence cessait, si la jeune fille, redevenue libre, déclarait consentir au mariage, le vice était manifestement purgé, l'empêchement disparaissait et l'on ne pouvait, sans illogisme, exiger d'autres conditions pour permettre le mariage.

[2] Conc. Trid., sess. 24, *de ref. mat.*, 6 : « *Quod si rapta a raptore separata et in loco tuto et libero constituta illum in virum habere consenserit, eam raptor in uxorem habeat* ».

[3] *Exod.*, 22, 16 et 17 ; — *Canon* « *Tria legitima* » tiré de saint Jérôme dans *Regin.*, 2, 106 ; — *Yvo. Carnot.*, *Décr.*, 8, 40 et Pan. 6, 33 ; — *Corp. Jur. can.* II. 36, 2, 8 ; — *Dict. Gratiani ad can.*, 11, *ibidem*.

C'est pour cela qu'elle resta toujours fidèle à celles qui faisaient avant tout du rapt un attentat contre l'autorité paternelle. Le droit canonique n'était pas directement issu de ces conceptions. Il procédait de l'application méthodique d'une doctrine rationnelle ; et cette doctrine, dont j'ai indiqué plus haut le caractère et les enseignements fondamentaux, l'inclinait à considérer plutôt, en matière conjugale, la postérité que les ancêtres et les époux que leurs parents. C'est pour cela qu'il traita toujours et surtout le rapt comme un attentat à la liberté du mariage, et que, laissant derrière lui la coutume et l'Ecriture aussi bien que les lois de Justinien, il en vint à ne plus l'envisager que sous cet aspect. Les coutumiers qui ne requièrent pas le consentement paternel pour le mariage entre le ravisseur et sa victime furent peut-être rédigés sous son influence. Le maintien de cet exigence dans les autres, au temps où les tribunaux ecclésiastiques étaient seuls tenus pour compétents en la matière, donne à penser que les juges cédaient volontiers à celle de la coutume, doublée de celle du droit romain. Elles s'exercèrent à coup sûr l'une et l'autre sur l'esprit des nombreux canonistes qui donnèrent au décret du concile de Trente l'interprétation extensive que je rapporterai plus loin.

Là devaient se borner, semble-t-il, les destinées de la théorie romaine, confinée au XIe siècle dans les codes du Bas-Empire et dans les « *Exceptiones Petri* »[1]. Tout au plus était-il à croire qu'elle pénétrerait dans quelques coutumes méridionales, comme il arriva en effet[2]. Le grand essor du droit de Justinien en Occident à partir du XIIe siècle changea la face des choses. Les juristes s'efforcèrent de faire prévaloir ce droit partout, et leurs enseignements ne demeurèrent pas stériles. Dès le XIVe siècle, Boutillier se montre leur fidèle disciple[3]. Auxiliaires naturels d'un mouvement qui portait en même temps vers l'absolutisme le pouvoir politique

[1] *Petrus*, 52, p. 313 ; — C. Just., IX, 13, un.
[2] Dans le *Labourt* (XIX, 10), le ravisseur d'une fille doit être décapité, « nonobstant qu'il la veuille ou puisse prendre à femme », à moins peut-être qu'il ne la rende intacte. Il en est de même dans la *Soule* (35, 10).
[3] *Somme rural*, 39, p. 276, 277.

et le pouvoir familial, les rois le secondèrent autant que le leur permirent les résistances de l'Église et de la coutume.

François I[er], sur l'avis du Grand Conseil, fit revivre, en partie du moins, les sévérités du Code[1]. Nous ignorons dans quelle mesure ; mais, aux termes de l'Ordonnance de Blois, rendue par Henri III en 1572, « ceux qui se trouveroient avoir suborné fils ou fille mineurs de vingt-cinq ans, sous prétexte de mariage ou autre couleur, sans le gré, sceu, vouloir et consentement exprés des péres et méres et des tuteurs, doivent être punis de mort, sans espérance de grâce et pardon, nonobstant tous consentemens que lesdits mineurs pourroient alléguer par après avoir donné audit rapt lors d'icelui ou auparavant ». Les fauteurs et complices du crime sont frappés de la même peine[2]. Il va sans dire que, si les circonstances de la cause justifient quelque adoucissement en faveur du coupable, l'empêchement de rapt n'en fera pas moins tenir pour nulle l'union qu'il aura contractée avec sa victime. C'est la décision adoptée quelque temps auparavant par le concile de Trente, sans doute pour le bien des mœurs et de l'ordre public, mais aussi sur les instances des envoyés de Charles IX. Il faut donc compter la réforme du droit canon, en ce point, comme une victoire des influences juridiques alors prépondérantes dans notre pays[3].

Il leur en restait d'autres à gagner et toutes n'étaient pas aussi désirables. Celle de 1579 avait déjà de quoi donner lieu à quelque regret. Celle de 1629 provoqua de vives résistances. Le Code Michaud, promulgué cette année-là, ne prescrivait pas seulement des poursuites plus actives, des peines plus dures, des jugements plus impitoyables contre les ravisseurs et leurs complices. Il déclarait que leur crime ne pourrait plus, à l'avenir, être excusé, ni couvert en aucune manière, et, sous

[1] COQUILLE, sur l'art. 42 de l'Ord. de Blois.

[2] Ord. de Blois, 42 (ISAMBERT, XIV, p. 391). Il résulte bien de ce texte que le consentement de la personne ravie ne rend pas valable son union avec le ravisseur. Mais pourra-t-elle l'épouser après séparation et avec le consentement de ses parents ? L'ordonnance n'en dit rien. On ne saurait donc affirmer qu'elle ait eu pour objet de faire du rapt un empêchement perpétuel.

[3] VANTROYS, 231, 234.

couleur d'appliquer « les saints décrets et les constitutions canoniques », il appliquait, en réalité, les décrets et les constitutions romaines[1]. Le clergé protesta avec d'autant plus de force que les termes employés dans l'ordonnance semblaient indiquer, de la part du pouvoir civil, une prétention au droit, réservé à l'Eglise, d'établir des nullités substantielles de mariage. Louis XIII dut accéder tout d'abord, sur ce point, aux remontrances qui lui étaient faites[2]; puis il donna, dix ans après, une déclaration par laquelle la durée de l'empêchement était restreinte au temps où « la personne ravie restait en la possession du ravisseur ». Le roi ne cédait, du reste, que le moins possible; car il ajoutait aussitôt : « Et néanmoins, en cas que, sous prétexte de majorité, elle donne son consentement après être mise en liberté pour se marier avec le ravisseur, nous la déclarons, ensemble les enfants qui naîtront d'un tel mariage, indignes et incapables de légitime et de toutes successions directes et collatérales qui leur pourront échoir sous quelque titre que ce soit[3]. C'était refuser à cette union, tout en la reconnaissant pour véritable mariage, une part considérable des effets civils de ce dernier.

Le droit romain ne l'emportait donc qu'à demi sur le droit canonique. Il triompha plus complètement, mais non plus facilement, du droit coutumier.

C'est en Bretagne, naturellement, que celui-ci paraît avoir été le plus tenace. Dès 1586 pourtant l'article 42 de l'ordonnance de Blois était officiellement devenu, dans cette province, l'article 497 de la coutume. La jurisprudence bretonne avait même, par la suite, dépassé la sévérité royale en traitant comme rapt de séduction tout commerce illicite avec un mineur de 25 ans.

[1] Ord. de 1629 (Code Michaud), art. 169 : « ... et afin de faire cesser telles entreprises et que, à l'avenir, tels crimes ne puissent être excusés et couverts, voulons, suivant les saints décrets et les constitutions canoniques, tels mariages faits avec ceux qui auront enlevé les dites veuves, fils et filles, estre déclarés nuls et de nul effet et valeur comme non valablement ni légitimement contractés, sans que par le temps, consentement des personnes ravies, leurs parents et tuteurs, prêté avant ou après lesdits prétendus mariages, ils puissent être validés et confirmés... » (Isambert, XVI, p. 273).

[2] Vantroys, 269, 270; Cf. ci-après, p. 412.

[3] Décl. de 1639, art. 3 (Isambert, XVI, p. 520).

Ce n'étaient là que des apparences. Les pratiques traditionnelles se perpétuaient sous leur abri. Il suffisait, pour arrêter toute poursuite, que la personne séduite ou enlevée manifestât son intention de prendre l'accusé pour époux. Si celui-ci consentait, — et comment n'aurait-il pas consenti après avoir ouï lecture de l'article 497 ? — « un commissaire du parlement le conduisait à l'église, les fers aux pieds ; et, sans publication de bans, sans le consentement du propre curé, et même sans la permission de l'évêque, on procédait au mariage par la seule autorité du juge séculier ». Cette jurisprudence était reçue par plusieurs autres parlements. L'ordonnance interdit formellement de la suivre. On doit se conformer à l'ordonnance de Blois et à la déclaration de 1639. « Nous voulons, ajoute le roi, que ceux ou celles qui seront convaincus dudit rapt de séduction soient condamnés à la peine de mort, sans qu'il puisse être ordonné qu'ils subiront cette peine s'ils n'aiment mieux épouser la personne ravie, ni pareillement que les juges puissent permettre la célébration du mariage, avant ou après la condamnation, pour exempter l'accusé de la peine prononcée par les ordonnances ; ce qui aura lieu quand même la personne ravie et ses père et mère, tuteur ou curateur requerraient expressément le mariage ». Le rapt de séduction est ensuite soigneusement distingué des relations simplement illicites qui n'entraînent pas la peine de mort[1].

La pensée du législateur se laisse facilement saisir. La résistance de l'Eglise n'a pas permis de rendre le mariage juridiquement impossible entre le ravisseur et sa victime : on s'arrange pour qu'il le devienne en fait. Il serait valable s'il était célébré, soit ; mais on en défend la célébration. Le juge ne pourra la permettre à aucun moment. Tout le monde aura beau être d'accord pour y consentir, pour l'exiger même, il n'en faudra pas moins exécuter à mort le coupable sans qu'elle ait pu avoir lieu. Effrayés par la rigueur de la loi, les tribunaux chercheront peut-être à l'éluder en considérant que le consentement de la victime ou de sa famille font disparaître

[1] Ord. de 1730, art. 1, 2, 3 ; Cf. ci-après, p. 417 et s.

les éléments constitutifs du rapt et ne laissent plus subsister qu'un commerce déshonnête : on leur en enlève le pouvoir.

Ce n'est donc pas, à l'exemple du droit canonique, la liberté des époux que l'on cherche à sauvegarder de la sorte. Ce n'est pas davantage, à l'exemple de la coutume, un moyen que l'on met à la disposition du père pour faire prévaloir son autorité méconnue. C'est l'Etat qui agit pour faire prévaloir la sienne, sauvegarder l'ordre public, et venger, même malgré le père, l'offense faite à son pouvoir dans la personne de ce dernier. Ainsi triomphent le droit romain et l'idée romaine. Les ordonnances et déclarations que j'ai citées sont marquées à leur empreinte. Bien plus, elles sont calquées sur le texte du Code; elles en traduisent mêmes des extraits. « Rigour et justice », disait le vieil auteur du *Livre des Droiz* ; rigueur, assurément ; justice, c'est autre chose ; à moins qu'on ne l'entende, comme il le faisait lui-même, du droit créé par la loi et distinct de l'équité. Ce droit peut déjà paraître ici d'une inhumanité révoltante : je n'en ai pourtant exposé encore que la partie la moins cruelle. On en pourra mesurer tout l'odieux lorsque j'aurai fait connaître les applications de la théorie du rapt au mariage sans le consentement des parents.

Ce consentement est requis, d'un commun accord, par la loi, par l'Eglise et par la coutume ; mais la sanction de cette exigence diffère.

La loi écrite tient le mariage pour inexistant, quel que soit l'âge des mariés, lorsqu'il n'y a pas été satisfait. « *Non convivia, non testes, non dos, non propter nuptias donatio, non sacerdotalis benedictio, sed sola destinatio animi viri et mulieris, et parentum consensus, quorum in potestate sunt, faciunt nuptias ; testimonium tamen et mentionem nuptiarum faciunt* ». Ainsi s'exprime *Petrus*, résumant dans ses *Exceptiones* quelques textes du Digeste et du Code, non sans songer peut-être aux énumérations canoniques que j'ai expliquées ailleurs. Il suffit, du reste, que le père de famille

ait eu connaissance de l'union contractée par son enfant : « *qui tacet, consentire videtur*[1] ».

L'Église applique d'autres maximes. Il est vrai que Gratien, et Paucapalea à sa suite, professent la doctrine de la loi écrite. Influencés par l'idée romaine de la *patria potesta*, ils donnent de certains textes une interprétation à tout le moins contestable. C'est ainsi, notamment, qu'ils invoquent en faveur de leur système une réponse de saint Léon à Rusticus, avec une prétendue lettre de saint Evariste, dont j'ai déjà parlé[2]. Leur opinion fut rejetée. Pierre Lombard fit connaître la véritable portée de ces canons célèbres, et, conformément à sa théorie sur la formation du lien conjugal par le seul consentement des époux, il enseigna que celui des parents n'était pas une condition essentielle du mariage[3]. La glose du Décret s'inspire de cet enseignement. Alexandre III et Innocent III y conforment leurs décisions. Grégoire IX le consacre en insérant leurs lettres dans la collection des Décrétales. La plupart des canonistes l'acceptent. Saint Thomas d'Aquin le fait prévaloir dans le domaine de la théologie[4].

Bien des causes, outre la force des arguments, expliquent ce succès rapide. C'est la faveur dont la liberté du mariage a toujours joui dans l'Église, à raison de ses avantages pour les mœurs et du caractère sacramentel de l'union conjugale. C'est la connexité qui existe entre les questions relatives à cette liberté et celles qui concernent la liberté d'embrasser la vie religieuse. C'est encore la faculté accordée au fils de famille devenu pubère de disposer de sa liberté. Il pouvait, sans le consentement paternel, se mettre en puissance de seigneur ; pourquoi pas en puissance de femme ? « Depuis longtemps » enfin, « dans la coutume populaire et ecclésiastique, le consentement des parents intervenait lors de la *desponsatio*, et non lors de la réalisation des promesses de mariage. La *despon-*

[1] *Petrus*, 49, 51, p. 313 ; — C. Just., V, 4, 5 et 22 ; — Dig., XXIII, 1, 7, § 1 et XXIII, 2, 2.

[2] *Corp. Jur. can.* II, 32, 2, 12 : « *Non omnis mulier* » ; II, 30, 5, 1 : « *Aliter* ».

[3] Esmein, *Mariage*, I, p. 158, texte et n. 1.

[4] *Glose*, citée par Esmein, *Mariage*, I, p. 160, n. 1 ; — *Decret. Greg. IX*, lib. IV, 5, 6 et V, 17, 6 ; — S. Thomas, *Somme*, *supp'*., 45, 5.

satio consentie par les parents les liait comme elle liait leurs enfants ; ils ne pouvaient, dès lors, se dispenser de consentir à son exécution, et en y consentant ils ne fournissaient point, en réalité, un consentement nouveau ; ils exécutaient un contrat dans lequel ils avaient obligé leur volonté. Par la distinction des *sponsalia de præsenti* et des *sponsalia de futuro* », introduite au XII[e] siècle et mise en lumière par Pierre Lombard[1], « cette harmonie était rompue. Le contrat de mariage, sous le nom de *sponsalia de præsenti*, avait pris une valeur propre : en droit, il était devenu indépendant des *sponsalia per verba de futuro* ; bien qu'en fait celles-ci le précédassent d'ordinaire, elles n'en étaient plus le préliminaire indispensable. Comme c'était, traditionnellement, lors des fiançailles qu'intervenait le consentement au mariage, on arriva naturellement à cette conclusion que le mariage, pouvant exister sans être précédé des fiançailles, pouvait aussi valablement se former sans le consentement des parents. Par une dernière et naturelle conséquence, on décida que ce consentement n'était jamais nécessaire pour la validité des fiançailles elles-mêmes[2] ».

Le concile de Trente consacra définitivement la doctrine de Pierre Lombard et de saint Thomas : aussi bien, n'était-ce que la doctrine propre, la vraie tradition de l'Eglise. Les projets qui lui avaient été soumis tranchaient la question dans un sens tout opposé. Appuyés par une requête du roi de France, soutenus avec force dans le sein du concile, ils donnèrent lieu à des discussions nombreuses et actives. La solution qu'ils consacraient fut néanmoins complètement abandonnée[3]. Le décret *de reformatione matrimonii* porte l'anathème « contre ceux qui affirment faussement la nullité des mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents et qui attribuent à ces derniers le pouvoir de les ratifier ou de les dissoudre ». Toutefois, ajoutent les Pères, « la

[1] Esmein, *mariage* I, p. 122.

[2] Esmein, *mariage* I, p. 158, 159. J'emprunte également à M. Esmein les réflexions qui précèdent cette citation.

[3] Voyez Esmein, *mariage* II, p. 155 à 170.

sainte Eglise de Dieu a toujours, et pour les plus justes motifs, détesté et défendu ces sortes d'unions[1] ».

Ces décisions furent jugées, dans notre pays, tout à fait insuffisantes. La coutume, partout formée sous l'influence de la tradition barbare et du droit canonique, ne leur était pas contraire. « Li secons cas de quoi le juridiction apartient à sainte Eglise, écrit Beaumanoir, c'est le mariage... Et de toutes les causes qui en poent naître et devant le mariage et après le mariage, et li quel mariage sont à souffrir et li quel non, apartiennent à l'évesque, ne point ne s'en doit melleier la laie justiche[2] ». Aussi, l'auteur du livre de Jostice et Plet copie-t-il simplement et uniquement sur ce sujet les décrétales. Il n'est donc pas douteux qu'il ne faille recourir aux lois ecclésiastiques pour compléter sur ce point la plupart des autres coutumes[3]. Aucune d'elles, soit ancienne, soit moderne, ne se prononce pour la nullité. Quelques-unes reconnaissent incidemment la nécessité du consentement paternel sans indiquer de sanction[4]. Les Assises de Jérusalem, le Livre des Droiz et Commandémens, déclarent ainsi que le ravisseur ne peut épouser sa victime si la famille de celle-ci la lui refuse, et pourtant les Assises, dans les chapitres même où elles règlent les formes de la célébration du mariage et les empêchements qui pourraient résulter de l'âge, de la parenté, du défaut de consentement des époux, ne font aucune mention des parents[5]. Certaines coutumes méridionales du moyen-âge appliquent ici une solution analogue à celle que nous avons rencontrée en Béarn pour le cas de rapt. Quiconque épouse une fille sans l'aveu de ceux qui l'ont en leur garde, tombe, seul ou avec elle en la merci de son seigneur. Celui-ci pourra sans doute séparer les coupables et les punir arbitrairement

[1] Conc. Trid., sess., 24, *de ref. mat.* cap., 1.

[2] BEAUMANOIR, XI, 13; Cf. 18, 9; — *Jostice et Plet*, ch. X, calqué sur le livre IV des *Decr. Greg. IX*; — Cf. *Droiz et commandemens*, 201, ci-après, p. 416, 417.

[3] *Grand coutumier de Normandie* (XIIIe siècle), ch. XXXIII, 11e al.; — *Limoges* (même époque), 53; — *Gorze* (1624), I, 29.

[4] *Cour des Bourgeois*, 134; — *Droiz et commandemens*, 226; — Cf. ci-dessus, p. 394, n. 4 et 5.

[5] *Cour des Bourgeois*, 159 et 162.

dans leurs personnes et dans leurs biens ; mais rien ne l'empêche de les déclarer valablement unis et de les renvoyer sans châtiment[1].

Ce sont là, du reste, des exceptions. La plupart des textes supposent la validité du mariage. Telles les coutumes qui enlèvent à la fille le droit de réclamer une dot[2], et celles qui refusent à la veuve du fils marié sans le consentement de ses parents le droit qu'elles accordent aux autres de demander leur douaire ou une provision de douaire sur les biens de ceux-ci[3]. Telles encore celles qui se bornent à permettre l'exhérédation de l'enfant rebelle.

Je n'ai pas besoin de rappeler ici l'origine toute romaine de cette sanction[4], encore repoussée en divers lieux au moyen-âge et au début des temps modernes[5], admise presque partout ensuite, mais non sans de nombreuses nuances. Ici, elle est étendue à toute inconduite[6]; là, bornée à la mésalliance des filles nobles[7]. Ici, elle a lieu de plein droit[8]; là, elle est simplement permise[9]. Lorsqu'elle dépend de la volonté du père, il peut la révoquer, même tacitement, bien que cette révocation ne soit pas facilement présumée. « Car, dit Claude de Ferrière, encore qu'après l'exhérédation de son fils, il ait receu familièrement

[1] *Cout. de Montpellier* et *Coutume de Carcassonne*, art. 85, dans Giraud, I, pièces justif., p. 66; — Beugnot, *Cout. d'Alais* (vers 1220), art. 16.

[2] *Bordeaux*. 43;— Cf. *Auvergne*, XII, 36, et d'Argentré, *sur Bretagne*, 87, n. 2, n° 7.

[3] Marnier, *Cout. de Normandie* (xiii° siècle), p. 61; — Viollet, *Établissements*, I, 22; — *Maine*, 317; — *Anjou*, 303; — *Poitou de 1514*, 304; — *Poitou de 1560*, 260; — *Usance de Saintonge*, 54; — Cf. Hoüard, *Littleton*, 40, t. I, p. 59, 60. Ce droit de la veuve sur les biens des parents de son mari prédécédé est d'origine normande.

[4] Encore plus romaine est la peine d'infamie inscrite dans le livre de *Jostice et Plet* : « Cil est mau renomez... fille ou filz qui est au poër son père et se marie sans son congié » (XIX, 49, 2; III, 1, 1; — Cf. Dig., III, 2, 1, *in fine*).

[5] Marnier, *Anciens usages d'Amiens*, 9, p. 158; — *Conseil*, XXIII, 33; — *Bourbonnais de 1493*, ch. de successions et tutelles, 8.

[6] Beaumanoir, XII, 17; — *Bordeaux*, 43.

[7] *Auvergne*, XII, 36.

[8] *Auvergne*, XII, 36; — *Soule*, XXVII, 26; — *Labourt*, XII, 10; — Cf. *Coutume de Metz*, I, 15.

[9] *Marche*, 247; — *Bourbonnais de 1521*, 312; — *Clermont en Argonne*, VIII, 23; — *Espinal*, III, 17; — *Lorraine*, I, 18. Il faut ajouter les coutumes qui permettent l'exhérédation « ès causes de droit écrit », ou contre la fille noble qui a failli avant 24 ans. V. ci-après ch. II, ii, 2.

et avec démonstration de bienveillance, la femme de son fils, et que son fils ait esté traité en festin chez lui, il ne semble pas toutefois avoir changé de volonté ni avoir pardonné à son fils[1] ». La nouvelle coutume de Bretagne veut même, conformément aux édits royaux, que celui-ci reste « sans espoir de pouvoir quereller l'exhérédation qui aura été ainsi faite ». Mais, lorsqu'on en fut venu, comme nous le verrons, à tenir le mariage pour nul, on décida, dit Poullain-Duparc, de ne pas appliquer rigoureusement ce texte, « si la personne mineure, » de vingt-cinq ans, « n'avoit pas continué à vivre avec l'objet de sa passion ; parce que les exhérédations ne sont pas si favorisées en cette province que dans les autres[2] ».

Il y a d'ailleurs dans la pratique coutumière moins de variété qu'on ne pourrait le croire au premier abord. De nombreuses coutumes, parmi lesquelles plusieurs de celles que je viens de citer[3], admettent l'exhérédation, « ès cas de droit ». La jurisprudence suppléa, dans la suite, au silence des autres à cet égard. Or, l'inconduite scandaleuse de la fille est l'une des quatorze causes d'exhérédation déterminées par Justinien. On étendait au fils cette disposition, et le mariage contracté par les enfants sans le consentement paternel, surtout avec une personne de condition inférieure ou de mauvaises mœurs, était considéré comme un cas particulièrement grave d'inconduite scandaleuse. C'est déjà l'idée de Beaumanoir : « Se je voi mon fils, me fille, ou me mere, ou cele qui doit estre mes oirs mener si deshonestes vie que ce soit escanlles à li et à son lignage, je ai bone reson de li oster de mon testament. Et li escanlles, si est des péchiés de cors, d'aus vilainnement et honteusement demener, ou de mariage désavenant fes par eles contre me voulenté »[4]. C'est encore l'idée de la jurisprudence lorsqu'elle déclare, selon Claude de Ferrière, que « les débauches et mauvais comportements d'un fils et les mauvaises compagnies », ne sont pas une cause suffisante d'exhérédation,

[1] FERRIÈRE, I, p. 234.
[2] *Bretagne*, 495 ; — POULLAIN DU PARC, I, p. 116.
[3] *Anjou, Clermont en Argonne, Gorze.*
[4] BEAUMANOIR, XII, 17.

bien que le mariage sans consentement des parents en soit une[1] : il faut, dans l'inconduite, un certain degré de gravité qui se rencontre dans ce dernier cas, non dans l'autre. Ce sera une des idées qui inspireront les ordonnances royales et les arrêts des parlements jusqu'à la fin du XVIIIe siècle[2]. Ainsi se trouvaient complétées certaines coutumes qui ne visaient spécialement que le mariage des filles, ou moins encore, la faute accidentellement commise par une fille noble mineure de 24 ans[3]. Si cette dernière se marie contre le gré de sa famille, elle pourra être exhérédée en vertu de cette disposition, car le mariage sera tenu pour circonstance aggravante de sa chute. Contre les roturières et les fils de toute condition, on invoquera la cause de droit. On use, il est vrai, d'indulgence pour leur inconduite. Claude de Ferrière vient de nous le dire pour les fils, et Pothier écrit : « Selon nos mœurs, je ne crois pas qu'une fille pût être exhérédée pour s'être laissée séduire une ou deux fois, mais seulement dans le cas auquel elle se serait prostituée publiquement et fait le métier de courtisanne »[4]. L'usage traditionnel de l'Anjou autorisait même une plus large indulgence[5]; mais peu importe. Si graves que doivent être les désordres d'un enfant pour donner lieu à l'exhérédation, un mariage « désavenant » et contraire à la volonté paternelle s'y trouvera toujours compris; car il n'en est pas qui fasse plus, et plus durablement « escanlles à son lignage ».

Je ne crois pas, du reste, que cette manière d'envisager les choses puisse être attribuée à l'esprit de caste, qui aurait développé partout dans la société féodale l'horreur de la

[1] FERRIÈRE, I, p. 229, arrêt de Paris, 1654.

[2] Cf. ci-après, p. 417 et s.

[3] Plusieurs des textes cités plus haut ne visent que le mariage des filles. L'exhérédation de la fille noble qui a failli, ne fût-ce qu'une fois, avant l'âge de 24 ans est autorisée par : *Anjou*, 251 ; — *Maine*, 269; — *Touraine*, 286 ; — *Lodunois*, XXVII, 28. Ce droit, tiré directement de la Novelle 115, c. 3, était reçu dans le Maine, l'Anjou et la Touraine dès le XIe siècle (Voyez les deux jugements cités par BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, III, p. LXXXV et LXXXVI). Il est consacré depuis lors par tous les coutumiers de cette région (Cf. ci-après, p. 421 et ch. II, II, 2).

[4] POTHIER, *Successions*, ch. I, art. 4, § 1 ; t. VI, p. 26.

[5] Cf. ci-après, ch. II, II, 2.

mésalliance. Cette horreur était beaucoup moins grande au moyen-âge que sous l'ancien régime, peut-être même que de nos jours, à la mésalliance d'argent près. Les différentes classes de la société s'y mêlaient plus volontiers par le mariage[1]. La théorie que je viens de faire connaître n'est pas d'origine féodale, mais d'origine romaine et barbare ; elle ne dérive pas des préjugés de caste, mais des conceptions juridiques relatives à la preuve des justes noces. Chez les Barbares ainsi qu'à Rome, la cohabitation n'entraînait présomption de mariage — *justæ nuptiæ* — qu'entre personne d'égale condition, « *inter pares homestate personas*[2] ». Hors ce cas, le mariage devait être prouvé, soit par l'existence d'une constitution de dot, soit par des témoignages attestant qu'il avait été célébré avec les solennités d'usage. Faute de cette preuve, l'union pouvait être déclarée régulière en droit et légitime en conscience, — « *legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii ; inæquale conjugium* », comme disent les empereurs romains en parlant du concubinat[3], — mais on ne la reconnaissait pas pour justes noces. Or, le mariage contracté contre le gré des parents l'était presque inévitablement sans les solennités d'usage et sans constitution de dot, de sorte que les époux ne pouvaient alors prétendre en aucune façon être unis en justes noces s'ils étaient de condition inégale. Lorsqu'il n'y eut plus, en droit, d'autre mariage que les justes noces, cette sorte de mésalliance se trouva tout naturellement assimilée à un commerce illégitime, avec l'aggravation résultant du scandale et de l'outrage fait à la famille et à son chef. Si cette assimilation n'alla pas tout d'abord à ses dernières conséquences, c'est que le droit canonique ne l'accepta pas, bien qu'il n'y dût pas être étranger[4]. Elle n'en produisit pas moins, en dehors

[1] Voyez les faits et les auteurs cités par M. DE RIBBE, *Société Provençale à la fin du moyen-âge*, p. 203 à 207.

[2] C. Just., V, 4, 22 ; — C. Théod., III, 7, 3 ; — Cf. ci-dessus, p. 289 et s.

[3] C. Théod., IV, 6, 7 ; — C. Just., V, 27, 3 : « ... *susceptam ex inæquali conjugio sobolem* ».

[4] Elle dérive, en effet, très visiblement aussi de certains textes canoniques. Ces textes traitent comme inconduite les unions que la coutume barbare et la loi romaine ne tiennent pas pour justes noces. « *Non conjugia, sed adulteria, vel contubernia, vel stupra, aut fornicationes potius* », lisons-nous dans le canon

de la compétence ecclésiastique, les résultats que je viens de dire. Nous allons voir les ordonnances royales et la jurisprudence la reprendre et la pousser, cette fois, jusqu'au bout.

C'est peut-être à elle qu'il faut attribuer la fixation d'une limite d'âge au-delà de laquelle l'enfant ne peut plus être exhérédé à raison de son mariage. Cette limite est ordinairement placée à 25 ans : or, c'est à partir de 25 et 24 ans que, d'après la Novelle CXV, passée dans certaines coutumes, l'inconduite de la fille cesse de donner lieu à l'exhérédation. Peut-être aussi les dispositions romaines qui restreignaient aux veuves mineures l'obligation d'obtenir le consentement paternel pour contracter de secondes noces[1] ne sont-elles pas étrangères à cette fixation. La différence existant entre les sexes pour l'époque de la puberté ; la précocité des majorités coutumières ; l'influence des canonistes, qui déclaraient la puissance paternelle éteinte, en matière matrimoniale, dès la puberté de l'enfant[2] ; l'influence contraire du droit romain qui la tenait pour perpétuelle, furent la cause d'une certaine variété en quelques pays. La limite d'âge fut parfois avancée pour les filles[3], parfois reculée pour les garçons[4]. La coutume de Lorraine la met à 20 ans pour tout le monde ; celle de Gorze à 20 ans pour les garçons et à 18 ans pour les filles[5].

A l'époque où furent rédigés ces deux derniers textes, l'édit de 1556 et l'ordonnance de Blois avaient déjà inauguré une législation nouvelle. Henri II, voulant marier la duchesse d'Angoulême, sa fille bâtarde, à François de Montmorency, et voyant l'exécution de ses projets entravée par les engagements que ce dernier avait pris, à l'insu de ses parents, envers

« *aliter* ». Il y a toutefois une restriction : « *Nisi voluntas propria suffragaverit et vota succurrerint legitima* ». Cette restriction n'est point méconnue en droit romain et barbare, mais les unions entre personnes de même condition sont les seules à en bénéficier. Ici, au contraire, elle est générale. Cette différence, essentielle pourtant, ne fut pas toujours clairement perçue (Cf. ci-dessus, p. 239, 247, 251 et s.).

[1] Cf. ci-dessus, p. 169 et 246.

[2] Cf. Esmein, *Mariage*, I, p. 160, n° 1.

[3] *Labourt*, XII, 10 (20 ans) ; — *Soule*, XXVII, 26 (18 ans) ; — *Bordeaux*, 43 (20 ans) ; — *Metz*, ord. I, 112 (22 ans).

[4] *Labourt*, XII, 10 (28 ans).

[5] *Lorraine*, I, 18 ; — *Gorze*, I, 29.

Jeanne de Piennes, s'avisa tout-à-coup du besoin qu'avait l'autorité paternelle d'être fortifiée. Les mariages contractés « par les enfants de famille au déçu et contre le vouloir et consentement de leurs père et mère » étaient fréquents à cette époque et le roi entendait depuis longtemps « la plainte qui lui en était faite », principalement sans doute par les juristes imbus des idées romaines sur la *patria potestas*. Il avait donc résolu d'y mettre ordre, mais sans se presser de le faire, quand l'événement vint lui montrer l'urgence de la « bonne loy » qu'il méditait. « Pour ce que notre intention n'a esté encore exécutée, dit-il, nous avons cogneu, par évidence de fait, que ce mal invétéré pullule et accroist de jour à autre, et pourra augmenter, si promptement n'y est par nous pourveu ». Il y pourvut donc en généralisant, complétant et aggravant les dispositions déjà reçues par plusieurs coutumes. Les enfants coupables seront frappés de tel châtiment que le juge trouvera convenable. Ils pourront être exhérédés par leurs parents, « sans espérance de pouvoir quereller l'exhérédation », et les donations qu'ils auraient reçues pourront être révoquées. Ils perdront, en outre, les avantages qui résulteraient pour eux des lois ou de la coutume, ou des conventions matrimoniales de leurs parents. Ils ne seront affranchis de ces peines, que s'ils ont dépassé, à l'époque de leur mariage, la majorité spéciale, fixée à 25 ans pour les filles et à 30 ans pour les garçons : encore faudra-t-il « qu'ils se soient mis en devoir de requérir l'avis et conseil de leurs dicts pères et mères [1] ».

Confirmé par l'article 41 de l'ordonnance de Blois [2], cet édit le fut de nouveau par la déclaration de 1639, qui introduisit en même temps plusieurs innovations importantes. Les coutumes qui fixaient encore une limite d'âge inférieure à celle de l'édit furent expressément abolies. On soumit les veuves mineures de 25 ans aux mêmes obligations que les filles [3] L'exhérédation, la révocation des donations, la suppression des

[1] Édit de 1556, dans ISAMBERT, XIII, p. 469.
[2] Ord. de Blois, 40, 41, dans ISAMBERT, XIV, p. 391.
[3] Déjà les *Ordonnance de Metz* (I, 114) avaient obligé les veufs et veuves à requérir l'avis et conseil de leurs parents.

avantages légaux, coutumiers et contractuels, se produisirent désormais de plein droit. Elles demeurèrent facultatives, en cas d'omission par un majeur de la sommation requise : mais cette sommation dut être faite par écrit[1]. Un arrêt de règlement du 27 août 1692 en détermina les formes. « Les fils et filles, ordonne la Cour, qui voudront faire sommer leurs pères et mères, aux termes de l'ordonnance, de consentir à leurs mariages, seront tenus à l'avenir d'en demander permission aux juges royaux des domiciles des pères et mères, qui seront tenus de la leur accorder sur requête; et les sommations seront faites en cette ville de Paris par deux notaires, et partout ailleurs par deux notaires royaux ou un notaire royal, et deux témoins domiciliés qui signeront avec le notaire ; le tout à peine de nullité »[2]. Un peu plus tard, en 1697, un édit exigea la sommation des veuves majeures de 25 ans, et ordonna que les peines et déchéances prévues par les textes antérieurs cesseraient d'être, en aucun cas, facultatives. Enfin, une ordonnance de 1716 déclara incapable de tout emploi public le fils marié avant 30 ans sans le consentement paternel[3].

La jurisprudence admet, il est vrai, le fils majeur de 25 ans et mineur de 30 ans à obtenir main-levée de l'opposition de ses parents lorsqu'il leur avait fait des sommations respectueuses : il demeurait alors exposé à l'exhérédation, mais on passait outre à la célébration de son mariage. Par contre, elle étendit aux veufs les dispositions relatives aux veuves, et porta à trois le nombre des sommations[4]. Elle alla même parfois jusqu'à imposer une épreuve analogue à celle que nous l'avons vue ordonner en matière de profession religieuse. Par arrêt du

[1] Décl. de 1639, art. 2, dans Isambert, XVI, p. 520.

[2] De Jouy, p. 329, 330. Les *Ordonnances de Metz*, en 1564, avaient déjà établi des formes spéciales qui faisaient de l'acte respectueux une sommation dans toute la force du terme. Les majeurs de 22 et 25 ans devaient requérir leurs parents de les marier; puis, si cela ne suffisait pas, les citer en justice pour y être « exhortés de leur devoir ». Après quoi, l'on pouvait passer outre au mariage (*Metz*, ord., I, 112). Les *Coutumes de Metz* (I, 15) réduisirent ensuite tout cela à une simple autorisation de justice. (Sur l'origine des sommations, voyez ci-après, p. 421, 422).

[3] Ord. du 11 août 1716, dans Isambert, XXI, p. 121.

[4] Denisart, v° *Mariage*, 88 à 93; v° *Sommations respectueuses*, 3 et 8.

parlement de Bretagne, il fut statué, dit Poullain-du-Parc, « sur les conclusions du père, que le fils majeur qui lui avait fait une sommation respectueuse passerait six mois à Rennes, éloigné de sa maîtresse » [1].

Tout cela cependant ne donnait pas satisfaction suffisante aux tendances juridiques engendrées par le droit romain et aux conceptions partout développées sous leur influence. Il fallait que le mariage fût déclaré nul, et c'était là le difficile. Les efforts tentés au concile de Trente pour obtenir que l'Église prononçât cette nullité avaient été infructueux. Le droit canon restait seul applicable en la matière; et le droit canon, nettement et définitivement fixé, reconnaissait la validité du mariage. Allait-on entrer en lutte ouverte avec lui et transférer de l'Église à l'État la juridiction matrimoniale? On l'essaya, du moins en partie.

L'Etat, il est vrai, ne pouvait prétendre juger du sacrement, mais le contrat civil était de sa compétence. On chercha donc à les isoler l'un de l'autre et à faire de l'existence du contrat civil, reconnu par l'Etat comme justes noces, la condition préalable du mariage religieux, la matière du sacrement, la seule union que l'Eglise et son fondateur eussent jamais entendu revêtir d'un caractère sacré. Historiquement, cette doctrine était insoutenable, puisque l'Eglise, dès son origine, a tenu pour véritables mariages, pourvu qu'elles fussent conformes à ses lois, des unions comme le *contubernium*, le *concubinatûs*, le *matrimonium juris gentium*, auxquelles l'Etat refusait la qualité de justes noces. Pratiquement, elle se heurta aux résistances du clergé. L'ordonnance de 1629 avait déclarés « nuls et non valablement contractés », non seulement les mariages entachés de clandestinité et de rapt, que l'Eglise annulait aussi, mais encore ceux des enfants de famille sans le consentement des parents. L'assemblée du clergé, réunie la même année, formula des remontrances. Elle demanda si l'on avait voulu, pour ce dernier cas, déclarer le mariage nul en substance, ou seulement quant à ses effets civils. Le roi fit répondre que les

[1] POULLAIN DU PARC, *Principes*, I, p. 114.

termes de l'ordonnance ne se rapportaient qu'aux effets civils, la compétence des juges laïcs n'allant pas plus loin[1]. La jurisprudence ne se conforma pas toujours à cette réponse, et la théorie de la nullité substantielle conserva dans la doctrine de fervents et éminents défenseurs[2]. Elle ne triompha cependant pas d'une manière complète, car beaucoup de jurisconsultes et nombre d'arrêts classent le mariage contracté sans le consentement paternel au nombre de ceux qui subsistent quant au lien, tout en restant destitués d'effets civils[3].

Ce n'est pas par ces voies directes et ouvertes, mais par des voies obliques et dissimulées que l'on parvint au but. Le concile de Trente avait admis deux empêchements nouveaux : la clandestinité et le rapt. On se servit de l'un et de l'autre.

En fait, les mariages contractés sans le consentement des parents étaient le plus souvent clandestins, et les mariages clandestins étaient le plus souvent contractés sans le consentement des parents. Aussi, donnait-on volontiers aux premiers le nom des autres. L'assimilation, en pareil cas, était toute faite. On tâcha de faire en sorte que ce cas fut le seul possible, et l'on obligea pour cela les prêtres à refuser aux unions que l'on voulait proscrire, le concours de leur ministère. « Enjoignons aux curez, vicaires et autres, est-il dit dans l'ordonnance de Blois, de s'enquérir soigneusement de la qualité de ceux qui se voudront marier. Et s'ils sont enfans de famille, ou estans en la puissance d'autruy, nous leur défendons très estroitement de passer outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparoit du consentement des péres, mères, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt[1] ». L'édit de Melun en 1580, un autre édit en 1606, le Code Michaud en 1629, confirmèrent successivement cet article[2]. La déclaration de 1639 le compléta en l'interprétant.

1 VANTROYS, p. 270.
2 DAGUESSEAU, *Œuvres*, t. III, 30e plaidoyer ; — POTHIER, *Mariage*, nos 11, 15 et s. ; t. III, p. 134, 136 et s.
3 Voyez VANTROYS, p. 299 et s. et p. 272, n. 1.
4 Ord. de Blois, 40.
5 Edit de Melun, 25 ; — Edit de 1606, art. 12 ; — Ord. de 1629, art. 39.

Désormais, les bans ne purent être proclamés à l'Église que du consentement des pères et mères [1]. Enfin, l'édit de 1697 voulut que l'âge et la qualité des futurs époux fussent affirmés par quatre témoins devant le curé, afin que celui-ci pût connaître avec certitude si ce consentement était ou n'était pas nécessaire. Toute fausse déclaration des témoins fut sévèrement punie ; et comme la peine, d'ailleurs excessive, prononcée par l'ordonnance de Blois contre les curés et vicaires ne leur était pas appliquée, parce qu'ils n'étaient justiciables que des tribunaux ecclésiastiques [2], l'édit, tout en atténuant la rigueur de l'ordonnance, les déféra aux juges civils [3]. En même temps, la jurisprudence décidait que, selon l'ordonnance de Blois, le seul défaut de publication des bans rendait clandestine, et par conséquent nulle, l'union contractée par un mineur contre le gré de sa famille. On conserva de la sorte, pour ces unions, une cause de nullité que l'on avait d'abord admise, puis rejetée, pour toutes les autres [4].

Le résultat que l'on attendait de ces diverses mesures fut presque complètement obtenu. Les mariages d'enfants de famille déclarés nuls par les arrêts sont, pour la plupart, clandestins par absence du propre curé [1]. On fait rentrer les autres dans le cas de rapt et voici comment. L'enfant, dit-on, n'a pu être entraîné à méconnaître ainsi l'autorité sacrée de ses parents que par une séduction violente ; par conséquent, cette séduction sera présumée. Or, elle n'est qu'une forme du rapt ; donc le mariage qui en est entaché est nul. La présomption ainsi établie est une *præsumptio juris* qui dispense de toute autre preuve. Ce n'est pas d'ailleurs que l'on doive nécessairement condamner pour rapt la personne que l'enfant

[1] Décl. de 1639, art. 1.

[2] « La punition à faire desdits curés et vicaires, dit Coquille sur l'art. 40 de l'Ord. de Blois, est au juge d'Eglise, et en cour ecclésiastique on ne tient pas ces édits pour obligatoires » (Coquille, *Ordonnances*, p. 19). Voir dans de Jouy, p. 324, un arrêt du 15 mars 1687, qui ajourne un prêtre à comparaître devant la Cour du Parlemente t renouvelle, par voie de règlement, les dispositions de l'Ordonnance de Blois.

[3] Edit de 1697 dans Denisart, v° *Mariage*, n° 47.

[4] Esmein, *Mariage*, II, p. 174.

[5] Vantroys, p. 294 et s.

a épousée. Elle sera souvent reconnue innocente. « On peut bien, dit Pothier, avoir besoin d'autres preuves pour la faire déclarer coupable... et lui infliger des peines, mais on n'en a pas besoin pour déclarer nul le mariage ». Je crois bien ! n'est-ce pas là tout ce qu'on désire ? Et l'illustre jurisconsulte d'écrire gravement cette jolie phrase. « La séduction, en ce cas, n'est considérée que dans la chose même : on ne considère pas de la part de qui elle vient ; quand même ce serait le mineur, qui s'est marié sans le consentement de ses père et mère, qui se serait séduit lui-même par sa passion[1] ». Il y aura donc un rapt sans ravisseur, un crime sans criminel. Que dis-je, c'est parfois le séducteur que l'on réputera séduit ! L'union sur laquelle le choix de l'enfant se sera fixé de lui-même ne sera pas tenue pour librement contractée. La volonté qu'il aura manifestée, dès lors qu'elle ne sera pas conforme aux desseins de l'autorité sur lui, ne sera pas regardée comme libre. Cette manière de comprendre la liberté est assurément bien française, et depuis Pothier elle n'a pas vieilli ; mais rien ne montre mieux que ces fantaisies sophistiques, le caractère artificieux et l'insincérité de tout le système.

Ses attaches, je l'ai déjà dit, sont fort anciennes. Il procède tout à la fois du droit romain, du droit barbare et de la coutume. C'est le droit romain qui en est l'âme. Il a pour terme la nullité prononcée par la loi romaine, et pour point de départ l'assimilation qu'elle établit entre la séduction et le rapt : « La loi, écrit Guy Coquille, répute que la fille est ravie quand, par blandices et allèchemens, sa volonté est gaignée ». Ces mots sont un commentaire de l'ordonnance de Blois ; mais la loi qu'ils visent est au Code de Justinien[2].

Telle est donc la source où cette assimilation fut directement puisée ; mais nous l'avons aussi rencontrée dans les textes de l'époque franque. Elle s'y étendait déjà au mariage contracté sans le consentement des parents. J'ai expliqué comment elle était alors toute naturelle et de peu de conséquence, et pourquoi,

[1] Pothier, *Mariage*, ch. I, sect. II, art. 1, § 1, t. III, p. 274, 275.
[2] Coquille, *Ordonnances*, p. 19, 20 ; — C. Just., IX, 13, 1, § 2 *in fine*.

loin d'aboutir à une lutte sans merci contre ces sortes de mariages, elle conduisait à reconnaître leur validité en dehors même de toute ratification[1]. Elle ne s'en trouvait pas moins toute prête, dans la tradition romaine comme dans la tradition barbare, pour le jour où l'on allait pouvoir en tirer un autre parti. Quelques coutumes la reçurent de l'une ou l'autre tradition[2]. Le droit canon la rejeta. « Il n'y a violence ni contre les parents ni contre la jeune fille, écrit Gratien, lorsqu'elle n'a point été enlevée par force, malgré elle ou malgré eux. Autre chose, en effet, est de séduire quelqu'un par des promesses, autre chose d'employer la contrainte. Puis donc qu'il n'est fait violence à personne, on ne peut dire, en droit, qu'il y ait rapt[3] ». Plus tard, Alexandre III décida que la violence même dont les parents seraient l'objet ne constituerait pas un rapt au cas de fiançailles antérieures. Ce fut la doctrine des décrétales et des décrétalistes[4]. Comme on admettait, en même temps, la validité des fiançailles sans le consentement paternel, un simple échange de promesse suffisait pour ôter à l'enlèvement concerté tout caractère de rapt. A plus forte raison la décision de Gratien s'imposait-elle en matière de séduction. Ce droit passa naturellement dans les coutumes qui s'en référaient à l'Eglise pour la législation du mariage. « Pour ce que l'en [n'] appelle ravissement, là où il y a intencion de noces, cellui ne doit pas estre appelé ravisseur depuis qu'il ot l'assentement de la femme et l'espousa aincois qu'il compaignast o le : jasoit ce que le père et la mère le contredississent, de qui l'en dit que elle fut ravie ».

[1] Cf. ci-dessus, p. 239 et s.

[2] *Cour des Bourgeois*, 134 (pas de distinction entre le rapt et la séduction); — *Somme rural*, II, 40, p. 867, 868 : « Celui qui *prend* et *ravit* femme à marier sans le gré de ses père et mère... ». C'est le « *trahere vel accipere* » de l'époque franque, l'assimilation du rapt et du mariage sans le consentement des parents (Cf. ci-dessus, p. 243, n. 5); — *Bordeaux*, 43 (assimilation du rapt de séduction et du mariage sans le consentement des parents).

[3] *Corp. Jur. Can.* II, 36, 1, *dictum ad*, c. 3 : « *De raptoribus autem* ». On voit par là qu'il faut éviter de confondre le rapt *in parentes* avec le rapt de séduction. Pour Gratien, le premier seul est un véritable rapt ; car qui dit rapt, dit violence, et la séduction exclut précisément la violence, qu'elle rend d'ordinaire inutile.

[4] *Decr. Greg. IX*, lib. V, 17, 6 (Alexandre III) ; — Cf. Esmein, *Mariage*, I, p. 392 texte et n. 4.

Tel est l'article 201 du livre des *Droiz et commandemens*[1], simple traduction d'une phrase d'Alexandre III dans la décrétale que je viens de citer. Dans les pays même où la rigueur du droit romain a fait sentir son influence, la séduction est nettement distincte du rapt. Nous avons vu que dans le Labourt et dans la Soule, le ravisseur est puni de mort sans rémission. Le séducteur, au contraire, y a le choix d'épouser ou de doter la fille séduite[2].

La coutume n'avait donc presque rien conservé de la tradition romaine et barbare ; aussi n'est-ce pas ce que le système du rapt de séduction lui emprunta. Il reçut d'elle l'idée que le mariage et surtout la mésalliance sans le consentement paternel était une forme d'inconduite particulièrement grave; mais il en tira des conséquences abusives. L'inconduite, disait-on jadis, ne justifie l'exhérédation que si elle est scandaleuse; elle l'est en ce cas : donc elle justifie l'exhérédation. L'inconduite scandaleuse, dira-t-on plus tard, justifie l'exhérédation; mais elle est, en ce cas, plus scandaleuse qu'en tout autre, et cette sanction ne saurait suffire. Il faut, pour s'abandonner à ce point, avoir subi une violence morale, être victime d'un rapt. La présomption de séduction s'imposera donc avec une force toute particulière lorsqu'il y aura mésalliance; et d'autre part, il ne sera jamais permis au juge de soustraire les coupables aux sévérités de la loi contre les ravisseurs en traitant comme simple inconduite de pareils mariages.

Ce fut, comme je l'ai dit, l'inscription du rapt au nombre des empêchements dirimants qui donna lieu au développement de ces doctrines. Le concile de Trente, il est vrai, ne s'était pas expliqué sur le sens qu'il fallait donner au mot de rapt. Il avait donc entendu s'en tenir à la définition de Gratien, et l'on en devait légitimement conclure que la séduction ne tombait pas sous le coup de ses décrets. La question, toutefois, divisa les canonistes. Ce fut généralement l'opinion contraire que le clergé de France adopta. L'interprétation ainsi donnée

[1] J'ajoute la négation qui est entre crochets; sans elle la proposition n'a aucun sens.

[2] *Labourt*, 19, 12; — *Soule*, 35, 11.

aux dispositions du concile pouvait, à la rigueur, être admise ; son extension, par les lois et la jurisprudence, au mariage sans le consentement des parents était entièrement illégitime. Il existe deux décrets dans les actes du conciles, observe à bon droit M. l'abbé Vantroys, « l'un sur le rapt, l'autre sur le consentement des parents. Dans le premier, l'Eglise condamne ce que l'Etat lui a demandé de condamner; dans le second l'Eglise déclare valide ce que l'Etat voudrait lui voir déclarer nul. Est-il possible, après cela, de regarder comme non avenu le second décret, et de chercher, à la faveur d'une interprétation captieuse, à démontrer que l'Eglise aurait implicitement réprouvé dans sa première déclaration ce qu'elle approuvait explicitement dans la seconde[1] ? »

Dès 1579, cependant, l'ordonnance de Blois pose les bases de tout le système. Cela ne se fait pas ouvertement ; on use de précaution, mais l'essentiel s'y trouve. Le prêtre qui aura béni le mariage sans le consentement des parents sera puni, dit l'article 40, « comme fauteur du crime de rapt ». C'est donc que le rapt doit être présumé lorsque ce consentement fait défaut. Autrement, où serait la complicité du prêtre, lorsque, en fait, il n'y aurait pas de rapt ? On confirme ensuite, dans l'article 41, l'édit de 1556 ; mais on a soin de spécifier tout aussitôt, dans l'article 42, que cette confirmation n'est pas pour atténuer la rigueur des innovations que l'on entend faire. « Et néanmoins,... ceux qui se trouveront avoir suborné fils ou filles mineurs de 25 ans sous prétexte de mariage ou autre couleur, sans le gré, sceu, vouloir et consentement exprès des père et mère... » seront « punis de mort sans espérance de grâce et pardon ». Deux lignes plus loin, le crime ainsi frappé est appelé « rapt ». Voilà bien le rapt de séduction : mais où saisir la différence entre un mariage contracté sans le consentement des parents et cette « subornation sous prétexte de mariage sans le gré, sceu, vouloir et consentement exprès des père et mère ? » Tout au plus une petite porte reste-t-elle ouverte au juge pour faire sortir les accusés lorsque l'enfant

[1] VANTROYS, p. 234 ; — ESMEIN, *Mariage*, II, p. 253.

sera plutôt séducteur que séduit. L'évidence des faits ne laissant place à aucune supposition contraire, on pourra déclarer alors qu'il n'y a pas subornation de mineur, que l'article 42 est inapplicable et que, seul, l'article 41 reste à observer : encore, ne sera-ce pas sans heurter un peu la présomption de l'article 40, et beaucoup l'évidente volonté du législateur.

« Désirant conserver l'autorité des pères sur leurs enfants », Michel de Marillac et Louis XIII consacrèrent la théorie ainsi formée et n'hésitèrent pas en 1629, à déclarer nuls les mariages qu'elle avait pour but d'annuler. Nous avons vu comment ils furent obligés de restreindre cette nullité aux effets civils. La déclaration de 1639 tint compte de cette restriction en n'indiquant expressément comme « non valablement contractés » que les mariages reconnus tels par le concile de Trente. Le droit antérieur n'en subsista pas moins pour les autres. Ces deux actes du pouvoir royal exprimèrent clairement ce que l'ordonnance de Blois donnait à entendre. Ils la commentèrent avec ampleur et consacrèrent sans réticence la théorie du rapt de séduction[1]. L'ordonnance de 1730 acheva de lui donner tout son développement. Elle la compléta, de la façon que j'ai indiquée tout à l'heure, par la tradition coutumière sur l'inconduite scandaleuse et la mésalliance sans le consentement paternel. Elle ne fit, d'ailleurs, aucune distinction entre cette dernière et les autres mariages : n'étaient-ils pas, comme elle, des rapts de séduction ? Ces unions, quelles qu'elles fussent, blâmables, sans doute, mais pourtant sacrées en conscience et légitimes en droit canon, se trouvèrent ainsi ravalées par le droit civil au-dessous de la débauche. Il devint moins dangereux et, selon la loi, moins coupable d'entretenir une liaison honteuse que de contracter contre le gré de sa famille un mariage peut-être heureux et honorable, mais au moins honnête.

En ceci comme en matière de rapt, heureusement, la jurisprudence sut parfois s'affranchir du joug des textes et corriger par l'équité des juges l'iniquité des lois. On vit des parents

[1] Ord. de 1629, art. 39 et 169 ; — Décl. de 1639, art. 1, 2, 3.

perdre leur procès pour les motifs les plus divers. De nombreux arrêts se fondent sur ce qu'il n'y pas de preuves de séduction; d'autres, sur ce que l'enfant, devenu majeur, déclare persévérer dans sa volonté. En 1584, un juge de Poitiers est débouté d'une plainte en rapt et condamné à doter ses filles, dont l'une secrètement mariée : il avait, étant fort avare, écarté tous les prétendants ostensibles pour n'avoir point à débourser de dot ni de frais de noces. En 1667, un autre père, dont le fils s'était marié à 18 ans dans les Antilles, ne réussit pas davantage. Il faut, déclare l'arrêt, peupler les colonies; et puis, le gouverneur de la Martinique a autorisé le mariage. En 1691, l'union contractée par un mineur de 20 ans d'une manière toute clandestine est néanmoins validée : les parents avaient abandonné leur fils, qui, depuis, avait fait fortune ; et c'est pour s'approprier ses biens qu'ils intentaient au bout de quinze ans leur action en nullité. Cette circonstance suffit pour que l'on ne tînt compte ni de l'absence de leur consentement, ni même de la clandestinité. Souvent aussi, conformément à la distinction de Louis XIII, la nullité que l'on prononce est bornée aux effets civils. D'autres fois, c'est, selon l'idée coutumière, la personne épousée par le mineur que l'on considère surtout. Si elle est de basse naissance ou de mauvaises mœurs, on applique la présomption légale et le mariage est déclaré nul comme entaché du vice de rapt. Lorsqu'ils le trouvent à propos, du reste, les juges ne se font pas plus de scrupule d'aller au delà des termes de la loi que de rester en deçà. C'est ainsi, notamment, que l'on admit, contre des unions contractées régulièrement après l'âge de majorité, la preuve d'une subornation commencée auparavant[1].

Je dois signaler ici, en ce qui concerne le consentement des père et mère, deux exceptions à la généralité des lois. L'ordonnance de 1724 enlève aux protestants réfugiés à l'étranger le droit de s'opposer au mariage de leurs enfants demeurés en France. Si ces derniers sont mineurs, on réunira un conseil de

[1] Sur tout ce qui précède, voyez les arrêts et recueils d'arrêts cités par Vanthoys, p. 293, 297 à 302 : — Bernard, p. 147 ; — Poullain-Duparc, *Principes*, I, p. 114.

famille qui leur donnera un tuteur *ad hoc*[1]. Il paraît, d'autre part, que l'on pouvait encore, au milieu du XVIII[e] siècle, dans le Comtat Venaissin, se marier valablement sans requérir le consentement de ses parents, voire même sans l'assistance du propre prêtre[2].

Il est, d'ailleurs évident que l'on ne pouvait se soustraire à la législation draconienne des ordonnances par un voyage de noces avant la lettre en Avignon ou à l'étranger. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point[3]. On ne semble guère avoir prévu le cas où le refus des parents serait abusif ou systématique. L'obligation qui leur incombe à cet égard est bien implicitement consacrée par quelques textes : tels ceux qui restreignent à la fille mineure de 24 ans l'exhérédation pour inconduite ; tels encore ceux qui donnent aux filles le droit de réclamer une dot. D'autres, plus rares, permettent à l'enfant, même pendant sa minorité, de faire à ses père et mère sommation de le marier. Ce droit, tiré des lois romaines, est introduit en Anjou par la coutume de 1411 : la fille noble doit en avoir usé pour que ses écarts de conduite après l'âge de 24 ans ne la rendent pas exhérédable[4]. Il disparaît des coutumes postérieures en cette province ; mais on le retrouve en celles de Flandre, confirmées en 1540 par Charles-Quint, en 1623 par Philippe II, en 1704 par Louis XIV. « Les mineurs y sont autorisés à citer leurs père, mère, tuteur et curateur devant les magistrats, pour déduire les causes des oppositions à leur mariage ; et les juges à ordonner le mariage nonobstant l'opposition, s'il y a lieu, ou à le défendre s'ils trouvent l'opposition fondée[5] ». Dans tout le reste de la France, même en pays de droit écrit, la procédure ainsi empruntée au Digeste[6], ne se rencontre plus que sous la forme des sommations respectueuses imposées aux majeurs de 25 et de 30 ans. Les mineurs

[1] Décl. du 17 mai 1724, art. 16.
[2] COCHIN, *Consult.*, 70 ; (*Œuvres*, Paris, 1762, t. III, p. 770).
[3] POTHIER, *Mariage*, n° 229, t. III, p. 231.
[4] *Anjou de 1411*, 171 (BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, I, p. 489) ; Cf. ci-dessus, p. 60 et Nov. Just., 115, 3, § 11.
[5] DENISART, v° *Mariage*, p. 152, n. *a*.
[6] Cf. ci-dessus, p. 60, texte et n. 1.

n'ont d'autre ressource que de patienter jusqu'à cet âge. Ils peuvent aussi, lorsque le tort de leurs parents est manifeste, se marier en cachette ; mais c'est un moyen dangereux, plein de désagréments, d'un emploi difficile et d'une efficacité hasardeuse. Il faut que le curé s'y prête ; que l'on se trouve dans le ressort d'un parlement dont la jurisprudence soit favorable et bien affermie ; que les parents soient sans excuse. L'emprisonnement préalable ne pourra guère être évité ; et l'on risque, outre l'annulation du mariage, une condamnation pour rapt.

Dans le dernier état de l'ancien droit, la liberté de se marier, comme celle de se choisir un époux, n'appartenait donc à l'enfant, jusqu'à un âge assez tardif, que d'une façon tout à fait précaire. Elle était allée en diminuant depuis l'époque où la loi canonique était souveraine sur le mariage. La liberté inverse, je veux dire celle de se refuser au mariage, ne subit pas le même sort. Reconnue pleinement, sinon sauvegardée, dès l'époque carolingienne, elle devient de plus en plus effective grâce à l'influence du droit canon. Gratien et Paucapalea continuent, sur ce point, la tradition de leurs prédécesseurs. Ni le fils pubère, ni la fille nubile ne peuvent être mariés sans leur libre consentement[1]. Les Décrétales formulent la même décision. Si l'enfant n'a pas consenti, il a, quel que soit son âge, le droit de faire annuler l'union viciée par la contrainte[2].

Cette règle s'applique manifestement aux impubères ; ils ne pouvaient être les moins protégés. Dès le XI[e] siècle, Yves de Chartres déclare que les fiançailles d'enfants au berceau sont nulles, s'ils ne les ratifient une fois parvenus à l'âge de raison[3]. C'est un progrès notable sur la doctrine des anciens pénitentiels. Gratien se l'approprie en insérant dans son décret les paroles mêmes d'Yves de Chartres[4]. Paucapalea paraît moins ferme dans cette doctrine : tantôt il l'admet, tantôt il semble

[1] *Corp. Jur. can.* II, 31, 2, c. 1, 3 et 4, avec les *dicta* qui les accompagnent ; — *Ibid.*, c. 2 (Palea) : « *Tua sanctitas* » ; adde : II, 32, 2, 16 : « *Hoc sanctum* ».

[2] *Decr. Greg. IX*, lib. IV, 2, c. 1 ; 9 (Alexandre III) ; 11 (Urbain III) ; adde : *ibid.*, IV, 1, 13 (Alexandre III).

[3] *Ep.*, 234, citée par Esmein, *Mariage*, I, 155, n. 2 ; *Pan.* VI, 122, ap. *Corp. Jur. Can.* II, 30, 2, 1 : « *Ubi non est* ».

[4] Cf. ci-dessus, n. 3.

la rejeter[1]. Elle est reçue après lui sans hésitation par les canonistes.

Le mariage des impubères n'est toléré que par exception, quand la paix l'exige, « *pro bono pacis* »[2]. On peut conjecturer que les fiançailles sont regardées comme définitives, en ce cas, même si les fiancés sont incapables d'y consentir. « Lorsque deux familles, faisant la paix, fiançaient ensemble, comme gage de réconciliation, deux enfants en bas-âge, écrit M. Esmein, il était utile que ce qu'elles avaient fait fût sérieux, ferme et solide. On ne devait point permettre au caprice des enfants devenus adultes de se manifester, et de troubler, par un refus, l'harmonie péniblement établie[3] ». Ce qui était ainsi fréquent au temps où les guerres privées étaient fréquentes, devient rare et disparaît avec elles. A partir de Boniface VIII, la question des fiançailles des impubères, déjà tranchée unanimement, à cela près, en faveur de la liberté, ne peut plus soulever de doutes. Ce pape l'examine en détail et pose des règles très précises. La ratification de l'enfant sera toujours nécessaire. S'il n'a pas 7 ans, il ne pourra la donner qu'après cet âge, et elle devra résulter d'une déclaration formelle ou d'un acte équivalent. S'il a plus de 7 ans, son silence suffira pour l'engager, lorsque les fiançailles n'auront eu lieu ni en son absence ni à son insu[4]. Les parents continuèrent à fiancer leurs enfants ; mais ce fut, du moins en principe, sans que la liberté du mariage pût en souffrir.

La décrétale que je viens de citer n'est pas le seul texte qui nous fasse connaître la fréquence de cet usage. Les chartes et les coutumiers nous en fournissent également des preuves[5]. Ordinairement, les deux familles échangeaient des arrhes et stipulaient une peine pour le cas où le mariage n'aurait pas lieu. Beaumanoir admet la validité de l'une et l'autre de ces

[1] *Corp. Jur. can.* II, 31, 2, 2 (PALEA) : « *Tua sanctitas* » ; — ESMEIN, *Mariage*, I, p. 162, texte et n. 4, et 163, texte et n. 1.

[2] *Decr. Greg. IX*, lib. IV, 2, 2.

[3] ESMEIN, *Mariage*, I, p. 162, 163.

[4] *Sext. decr.*, IV, 2, unic.

[5] Cf. BEAUNE, *Personnes*, p. 459, et les textes que je vais citer.

conventions[1]; mais de son temps, déjà, le droit canon, à l'exemple du droit romain, interdisait la seconde. Cette interdiction avait passé dans les Etablissements de St-Louis. Elle fut expressément maintenue dans le droit angevin postérieur[2], sans lui demeurer spéciale; car il n'est pas douteux que la législation canonique, seule applicable en matière de mariage, n'ait fini par être reçue partout en ce point. La jurisprudence des temps modernes y est conforme. Elle annule la clause pénale jointe au contrat de fiançailles. Les arrhes elles-mêmes, qui demeurèrent toujours permises, sont réductibles quand elles excèdent, au gré du juge, la juste mesure[3]. En droit, l'enfant était ainsi tout à fait libre de refuser le mariage arrêté pour lui par ses parents. Ceux-ci, même, ne pouvaient pas s'engager au-delà d'une certaine limite. En fait, ils disposaient de très puissants moyens de contrainte, et les menaces les plus graves, dès lors qu'elles émanaient d'eux, n'étaient pas jugées suffisantes pour entacher du vice de crainte le consentement qu'elles arrachaient à leur enfant[4].

Les mariages par force n'étaient donc si rares que l'on pourrait croire au premier abord. Aussi bien ne s'en rencontrait-il pas que de cette espèce. Le roi, les seigneurs continuèrent à donner en mariage, contre le gré des parents, leurs vassales et sujettes[5]. Ce que l'autorité paternelle usurpait d'un côté lui était indûment enlevé de l'autre : double abus, qui subsista jusqu'à la fin, en dépit de toutes les lois. Les canonistes du XIe siècle et Gratien à leur suite avaient cependant pris à leur compte les défenses faites par les conciles de l'époque franque[6]. Elles se retrouvent au moyen-âge dans plusieurs coutumes. Celle de Charroux va même, non sans raison, jusqu'à

[1] Beaumanoir, 34 (62), p. 186, al. 2.
[2] Dig., 45, 1, 134, pr.; — *Decr. Greg. IX*, lib. IV, 1, 29; — Viollet, *Établissements*, I,128; — Beautemps-Beaupré, *Glosées*, 123; *Liger*, 725; — *Droiz et commandemens*, 121, 910.
[3] Pothier, *Mariage*, nos 43, 44, t. III, p. 147.
[4] Voyez arrêt de 1728, dans Denisart, vo *Mariage*, no 150, cf. no 149.
[5] Cf. Viollet, *Droit privé*, p. 411, n. 3.
[6] *Corp. Jur. can.* II, 32, 2, 16 : « *Hoc sanctum* » (*Burch.*, VIII, 44; — *Yvo*, *decr.*, VIII, 19); — II, 36, 2, 6 : « *Nullus autem duam* » (*Yvo, decr.*, VIII, 23); Cf. ci-dessus, p. 249, 250.

refuser au seigneur le droit de manifester un désir : « Famme de Charros ne doit estre mariée, sinon avi la volonté et au conseil de ses amys ; ne li coms, ne li abés ne leur en doivent faire preera, quar lor priére est force »[1]. Le concile de Trente fulmine l'anathème contre ceux qui violent en ce point les lois de l'Eglise[2]. Le roi s'interdit à lui-même en 1560, cet abus de son pouvoir, en déclarant nulles pour le passé et pour l'avenir les lettres de cachet obtenues de lui par instances ou par surprise[3]. Vains efforts ! En 1576, aux États de Blois, le Clergé et le Tiers ont encore des doléances à faire entendre. Henri III renouvelle et complète alors les dispositions de Charles IX. Nous défendons, dit-il dans l'ordonnance de 1579, « à tous gentilshommes et seigneurs de contraindre leurs sujets et autres, à bailler leurs filles, niepces ou pupilles, en mariage à leurs serviteurs ou autres contre leur volonté et la liberté qui doit estre en tels contrats : sur peine d'estre privez du droit de noblesse et punis comme coupables de rapt. Ce que semblablement nous voulons, aux mêmes peines estre observé contre ceux qui abusent de nostre faveur, par importunité ou plustost subrepticement, ont obtenu ou obtiennent de nous lettres de cachet, closes ou patentes, en vertu desquelles ils font enlever ou sequestrer filles, icelles espousent ou font espouser, contre le gré et vouloir de leur père et mère, parens, tuteurs et curateurs[4] ». Cette ordonnance eut exactement les mêmes effets que les lois analogues d'Honorius et de Clotaire II. La coutume de Bretagne en ayant tiré son article 678, voici la note que d'Argentré met à la suite : « *Nihil frequentius hoc flagitio, sed verum est, et facimus et damnamus factum ; nec quisquam legum vindex, cum se casus obtulit*[5]. » Les doléances de 1576 se firent entendre de nouveau aux États de 1614.

[1] *Charroux de 1247*, 11 ; *Montpellier de 1204*, 84 ; *Carcassonne*, 84 (dans GIRAUD, I, *Pièces*, p. 65 et II, p. 402).

[2] Conc. Trid., sess. 24, *de reform. matrim.*, c. 9.

[3] Ord. d'Orléans, 111, dans ISAMBERT, XIV, p. 91.

[4] Ord. de Blois, 281, dans COQUILLE, p. 102.

[5] D'ARGENTRÉ *sur la coutume de 1580*, art. 678.

« En 1623, une ordonnance de Philippe IV, roi d'Espagne, s'occupe encore une fois de la liberté des mariages en Franche-Comté et défend aux seigneurs et gentilshommes d'y porter atteinte[1] ». A la même époque, en France, le modèle des lettres de cachets *ad hoc* subsiste toujours dans les formulaires, même nouveaux, des chancelleries. « L'usage s'en conserva jusqu'à la Révolution[2] ». J'ai fait connaître enfin certaines entreprises violentes du pouvoir royal aux XVII[e] et XVIII[e] siècles contre le droit paternel de garde, et l'on a pu voir qu'il se souciait peu, le cas échéant, d'avoir ou non, pour marier les filles, le consentement paternel[3].

Si nous nous plaçons, d'autre part, dans l'hypothèse du mariage normal, ce consentement, en droit, suffit toujours. Le père est maître d'imposer sa volonté aux autres membres de la famille, et la nécessité d'obtenir l'agrément du seigneur du fief; conséquence naturelle du régime féodal, disparut généralement avec lui. Le consentement des parents proches joua néanmoins un rôle effectif et durable dans le mariage des enfants en cas de prédécès du père[4]. Du vivant même de celui-ci, à Metz, au moins pendant quelques années, il suppléa au sien, sauf autorisation de justice, lorsque les sommations requises n'avaient point eu de résultat[5]. C'est aussi pendant son veuvage que la mère a le plus de pouvoir; mais les textes l'associent généralement au père en la question qui nous occupe, et ni la loi ni l'usage ne l'en séparait. Parfois même la jurisprudence faisait prévaloir son avis dans l'intérêt de l'enfant : un arrêt de 1684 autorisa de la sorte un fils à contracter, contre la volonté paternelle, un mariage agréé par sa mère et ses autres parents[6]. Les ascendants, surtout les ascendants paternels, trouvaient dans la déférence qui leur était due et dont ils

[1] VIOLLET, *Droit privé*, p. 412, texte et n. 7.
[2] ESMEIN, *Mariage*, II, p. 258, texte et n. 2; — VIOLLET, *Droit privé*, p. 413, texte et n. 5.
[3] Cf. ci-dessus, p. 380.
[4] Cf. ci-après, ch. III, II.
[5] *Metz* : ord. I, 112; — Cf. ci-dessous, note 6 et texte.
[6] Arrêt cité par POTHIER, *Mariage*, n° 332, t. III, p. 279.

étaient entourés, le droit de faire entendre leurs conseils. Souvent aussi, dans les pays de droit écrit, ils pouvaient invoquer en outre le privilège de la *patria potestas*. Le consentement du père restait, d'ailleurs, nécessaire, contrairement aux lois romaines, quoique cette *potestas* appartînt à l'aïeul. C'est ainsi que les coutumes de Labourt et de Soule, tout en faisant prévaloir, en cas de désaccord entre les ascendants au sujet du mariage, la volonté de celui qui la possède, ne les appelle à faire entendre leur opinion que si les père et mère sont morts[1].

En fait, partout, c'est d'un commun accord que le choix est arrêté, la décision prise. La mère, les ascendants, les parents proches, les amis intimes au moyen-âge surtout, sont appelés à faire entendre leur avis, à jouer un rôle actif dans la conclusion des fiançailles et dans la célébration des noces. « L'amitié, dit M. de Ribbe, semble alors érigée à l'état d'institution. Aux amis le règlement d'intérêts domestique particulièrement délicats à traiter. Ils sont des négociateurs attitrés de transactions et de mariages. A côté de la parenté que créent les liens du sang, il y a la parenté par le cœur, qui n'est pas moins étroite; et ils lui empruntent l'autorité à eux dévolue, que traduisent les formules même des contrats[2] ».

Avec le temps, les mœurs antiques disparurent. Ce qui était encore, à la fin du moyen-âge, ainsi que les livres de raison en témoignent, la constatation d'un fait, n'est plus, à la fin de l'ancien régime, qu'une clause de style à quoi rien de réel ne correspond[3]. Le mariage par achat, après avoir disparu, laissait de même dans les usages de l'époque franque et dans le langage du XI[e] siècle la trace, si nette, que nous y avons relevée. Lui aussi subsistera jusqu'à la fin de l'ancienne France, voire même, en de rares endroits, jusqu'à nos jours, sous la forme traditionnelle que nous lui avons vu revêtir : le

[1] *Labourt*, XII, 10 et 14; — *Soule*, XXVII, 26 et 30.

[2] RIBBE : *Société provençale*, p. 189, 190. Il faut d'ailleurs, en lisant les anciens textes, ne pas oublier que le nom d'*amis* y désigne souvent les proches.

[3] Voyez : VIOLLET, *Droit privé*, p. 423, n. 6; Cf. *Établissements*, introd., t. I, p. 118.

sou et le denier, ou les treize pièces d'argent qui les remplacent, figurent encore, dit M. Paul Viollet, à Dijon, à Bordeaux et dans le Barrois, dans le cérémonial du mariage : « Le cérémonial est le grand musée de l'histoire »[1].

[1] VIOLLET, *Droit privé*, p. 419, texte et n. 2.

CHAPITRE II

POUVOIR DU PÈRE SUR LES BIENS

I

Régime des biens de l'enfant soumis à l'autorité paternelle. — Capacité. — Majorité.

La capacité de l'enfant sous l'autorité de son père nous est déjà partiellement connue. J'ai parlé d'abord du sénatusconsulte Macédonien ; puis l'étude du droit de garde m'a conduit à traiter du domicile de l'enfant et de la responsabilité de ses délits. J'ai exposé enfin ses droits et ceux de son père, relativement à son entrée en religion et à son mariage. Il nous reste à étudier sa condition en ce qui concerne les divers autres actes de la vie civile et les biens.

Des principes différents engendrent ici des conséquences presque identiques. La notion de la *patria potestas* en droit écrit, celle de la communauté domestique et de la mainburnie dans la coutume, conduisent, l'une et l'autre, à refuser, en régle générale, à l'enfant en puissance de père, la capacité d'avoir des biens et de contracter. Elles ont toutes deux d'ailleurs, comme nous l'avons déjà constaté, la même origine. Il n'est donc pas surprenant qu'il y ait, sur le point qui nous occupe, une certaine confusion entre les deux législations de l'ancienne France, et qu'il soit parfois difficile de dire si telle ou telle disposition de la coutume est ou n'est pas tirée du droit romain[1]. « Li enfant qui sont en le mainburnie le père

[1] Eusèbe de Laurière s'y est trompé tout le premier. Plusieurs dispositions des Établissements de Saint-Louis que j'aurai l'occasion de citer en parlant des droits du père et de l'enfant sur le patrimoine familial, sont, dit-il, « comme dans le

ou le mère n'ont rien, soit qu'ils aient aage ou non aage », dit Beaumanoir ; et ailleurs : « Il ne loist pas à toz à fere testament, car cil qui est sous aage en autrui bail ou en autrui garde, ne pot fere testament, car il n'a riens... » Tout cela est parfaitement conforme à la pure tradition coutumière ; mais n'est-ce pas plutôt Gaïus et Ulpien que nous venons d'entendre[1] ? Tous nos vieux jurisconsultes empruntent aux lois de Rome les règles de la capacité de l'enfant. L'auteur du Livre de Jostice et Plet traduit du Digeste le titre « *de peculio* » et déclare que « home et feme qui n'est en son droit ne puet faire testament ». Bouteiller s'exprime à peu près dans les mêmes termes que Beaumanoir. La très ancienne coutume de Bretagne exige l'autorisation du père pour que le fils puisse tester ou être gardien d'un mineur. Tout au plus admet-on que l'autorité publique, pour accomplir son devoir de protection envers ce dernier, et seulement si les circonstances l'exigent, passe outre au refus du père : « Nul qui est en poair d'autruy ne doit avoir garde d'autre, si ce n'est homme qui soit en aage ; tout ait-il père, il pout être garde, mais que il soit auctorisé de son père... et pout le juge pourfforcer le père à li donner auctorité, ou cas qu'en l'on n'en trouveroit plus prouffitable[2] ».

Le Livre des Droiz et Commandemens, à son tour, nous offre un système qui repose tout entier sur la conception romaine de la *patria potestas*. La personne de l'enfant est absorbée dans celle du père. Aucun contrat n'est possible entre eux, « *quia pater et filius una vox est* ». Ceux que

droit romain, une suite de la puissance paternelle, qui était en 1270 en usage dans tout le royaume et même dans la prévôté et vicomté de Paris, comme nous l'apprend l'auteur du *Grand coutumier* » (LAURIÈRE, sur *Établissem. de St-Louis*, I, 13, édit. VIOLLET, t. III, p. 263, 264 ; Cf. t. IV, p. 155, 270, 271). Le passage de Jacques d'Ableiges auquel Laurière fait allusion est le chap. II, 40. Il y est parlé d' « enfans demourans soubs la puissance de leur père et mère », mais c'est de la mainburnie qu'il s'agit, et les meilleurs manuscrits, comme le remarque avec raison M. von Salis, portent, au lieu du terme romain de « puissance », l'expression toute coutumière : « enfans demourans soubs la selle de leur père et mère » (SALIS, p. 115, n. 3).

[1] BEAUMANOIR, XII, p. 71 ; XXI, p. 113 ; — Cpr. ci-dessus, p. 61, 62.

[2] *Jostice et Plet*, VII, 6, 7 ; XII, 3, 1 ; — *Somme rural*, I, 103, p. 597 ; — *T. A. C. B.*, 67, 220.

l'enfant passe avec des tiers ne sont exécutoires sur ses biens qu'après la mort de son père[1]. S'il a reçu, pour faire le commerce, quelque chose des biens paternels, le père pourra toujours faire valoir, en son propre nom, les créances dépendant de ce pécule[2]. Instituer un héritier est complètement impossible au fils : il ne peut que faire des legs avec le consentement de son père et l'autorisation du juge[3]. Ce consentement lui est encore nécessaire pour ester en justice, au moins en demandant[4]. S'il a reçu quelque injure, elle sera tenue pour faite à son père en sa personne. « De vilennie dicte au filz nessent deux actions, l'une au filz et l'autre au père[5] ». Le jurisconsulte angevin Claude Liger va plus loin et décide que si l'offenseur savait l'offensé fils de famille, l'action d'injure n'appartient qu'au père[6]. Il est plus large, par contre, en ce qui concerne le testament. L'enfant, dit-il, peut tester de ses biens personnels, mais non de ceux de son père, « si son père ne le consentoit ». L'autorisation paternelle n'est donc nécessaire ici que pour disposer par testament du pécule profectice[7].

Nous constatons ainsi, partout, au moyen-âge, en pays de coutume, un mouvement romain très intense. Est-ce à dire que la *patria potestas* y soit partout reçue en ce qui concerne les biens? Assurément non. Les différences que nous pourrons relever bientôt, à une époque plus récente, entre le droit coutumier et le droit écrit, ne laissent à ce sujet aucun doute. Le mouvement se produit plutôt parmi les jurisconsultes coutumiers que dans la coutume elle-même, et son intensité s'explique assez par les considérations que j'indiquais tout à l'heure. A la même époque, d'ailleurs, la vitalité des notions germaniques traditionnelles s'affirme parfois avec autant de force en pays de droit romain. La coutume de Toulouse, en 1285, permet au fils d'intenter l'action d'injures et d'y défendre sans

[1] *Droiz et commandemens*, 805, cf. 668.
[2] Art. 756.
[3] Art. 532.
[4] Art. 594, 608, 684.
[5] Art. 608.
[6] Beautemps-Beaupré, *Liger*, 1343, 1344.
[7] Art. 812.

l'autorisation de son père[1]. Cette décision, consacrée aussi par des coutumes plus récentes[2], est tout l'opposé de celle que le principe romain d'unité de personne entre le père et l'enfant inspira au jurisconsulte angevin du XV[e] siècle. Au début du XIII[e] siècle, à Alais, la fille majeure de douze ans peut faire des conventions avec ses père et mère comme si elle n'était pas sous leur puissance, et son serment suffit à prouver l'existence de ces conventions[3].

Plus tard une double réaction se produit. Nous savons que l'âge s'était peu à peu substitué à la preuve de fait pour déterminer l'avènement de l'enfant à la capacité. Les coutumes qui ne furent pas influencées par l'idée de la *patria potestas* s'en tinrent sur ce point à cette règle[4] : l'enfant, comme en droit romain, y est capable ou incapable selon qu'il est majeur ou mineur, sans que l'on examine en outre s'il a encore ou s'il n'a plus son père. L'autorité paternelle a ses effets spéciaux, elle confère au père certains droits qui restreignent ceux de l'enfant; mais elle ne porte pas atteinte, en principe, à la capacité de ce dernier. Il en est autrement dans les coutumes où pénètre la notion de la *patria potestas*, et dans les pays de droit écrit où la notion germanique de la communauté familiale reste vivante. Ces deux notions y réagissent l'une sur l'autre et se combinent avec le principe traditionnel qui lie la capacité de droit à la capacité de fait. Il en résulte un système particulier à ces coutumes. Le fils de famille est dans un état d'incapacité que ni le droit romain, ni le pur droit coutumier ne connaissent ; mais sa personne n'est point absorbée dans celle du père comme à Rome et en droit écrit.

Selon la notion germanique, l'enfant, membre de la communauté familiale, est capable en droit dès qu'il est capable en fait; mais sa personne, ses biens, ses gains dépendent de la

[1] *Toulouse*, I, rubr. *de minor.* 2.

[2] Voyez entres autres : *Bourbonnois*, 169 ; — *Berry*, I, 11 ; — *Châtellenie de Lille*, XIII, 3.

[3] BEUGNOT, 2[e] *Cout. d'Alais*, 18, dans *Bliblioth. de l'École des Chartres*, t. VII, p. 106.

[4] Telles sont notamment les *Coutumes de Paris*, *d'Orléans*, *de Chartres*, *de Normandie*, *de Vermandois*.

communauté familiale que le père gouverne souverainement. Quel que soit son âge, il ne peut engager cette communauté par ses actes que si le chef les ordonne, les autorise ou les ratifie. C'est là ce qu'il faut entendre par ce que dit Loysel : « Les enfants sont en la vouerie et la mainbournie de leur père ou mère, soit francs ou serfs, *majeurs ou mineurs*[1] ». Vouerie, avouerie, mainbournie, désignent avant tout le gouvernement d'une communauté. On voit des frères se mettre en l'avouerie, de leurs frères, des parents se mettre en l'avouerie de leurs enfants[2]. Cela veut dire qu'il s'établit par contrat, entre ces personnes, une communauté de biens et de vie dont le frère ou l'enfant sera le chef, à charge de pourvoir à l'entretien de ses parents. Emanciper se dit « mettre hors de pain et pot », preuve manifeste que l'idée coutumière ne sépare pas la notion d'autorité paternelle de celle de communauté familiale. Nous étudierons ailleurs plus à loisir ce caractère de la mainbournie[3] : il suffit pour le moment de cette indication sommaire. Tant que l'enfant reste dans la communauté familiale, sa condition demeure la même. L'âge vient bien le faire présumer capable ; mais cette présomption, qui a seulement remplacé la preuve de fait, ne prévaut pas contre cette autre preuve de fait en sens contraire : la persistance de la communauté entre le père et l'enfant. La minorité n'est finie qu'en puissance ; en acte, elle ne prendra fin que par l'établissement séparé de l'enfant. Par là seulement sera prouvée son aptitude à se suffire.

Telle est la notion traditionnelle. L'idée de la *patria potestas*, en pénétrant dans les coutumes dont je m'occupe, la transforma et fut transformée par elle. Le père ne fut plus seulement un mainbour, un chef de communauté. Il fut revêtu, comme père, d'une puissance propre, et les prérogatives qui tenaient traditionnellement à sa fonction furent attachées sa personne. La *patria potestas* et la mainbournie se fondirent de cette façon en

[1] LOYSEL, I, IV, 2.
[2] Voyez les actes bourguignons du XIV[e] siècle, cités par SIMONNET, dans *Revue historique de droit français*, t. XV, p. 191 à 197 et ci-après, ch. V, III.
[3] Cf. ci-après, ch. V, III.

une sorte de tutelle légitime qui ne pouvait cesser que par un acte de la volonté du père : consentement au mariage ou à l'établissement séparé, émancipation expresse ou tacite. De là, dans la comté de Bourgogne, la nécessité de cette émancipation pour l'accession du fils aux fonctions publiques lorsqu'il n'a pas atteint l'âge de 25 ans. « Nos anciennes ordonnances, dit Dunod, portent que nul ne peut être appelé aux charges de maire, échevin, conseiller juré ni même prud'homme dans les villes, bourgs ou villages de la province, qu'il ne soit majeur de 25 ans, ou, du moins, qu'étant hors de la communion de son père, il n'administre, à son vu et su, ses propres affaires »[1]. Il faut, en effet, pour gérer les affaires publiques, être d'abord capable de gérer les siennes : l'enfant qui est « dans la communion de son père » ne l'est pas, s'il n'a 25 ans, âge auquel toute tutelle doit prendre fin[2]. De là encore la nécessité du consentement, au moins tacite, du père pour que le fils puisse faire le commerce ; car ce commerce émancipe, au moins partiellement. C'est une règle générale : « Enfans de famille et femmes mariées, dit Loysel, sont tenus pour autorisés de leurs pères et maris en ce qui est du fait des marchandises dont ils s'entremettent à part et à leur sçu[3] ». Les obligations du fils de famille qui exerce un négoce au vu et au su de son père, lisons-nous de même dans la coutume de Bergerac, sont valables comme s'il était émancipé : « *Ac si per filium emancipatum essent legitime agitata*[4] ». Le fils de famille est donc, en ces coutumes, traité comme un mineur. Personnellement incapable, il ne peut passer de contrat ni ester en justice sans l'autorisation de son père[5]. A-t-il agi sans elle, il peut, comme le pupille, poursuivre l'exécution ou

[1] DUNOD, *Traité des Prescriptions*, cité dans GUYOT, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 115, col. 1.

[2] La tutelle romaine, il est vrai, finit à la puberté. Elle est alors remplacée par la curatelle. Mais il n'en est pas ainsi dans le droit coutumier où « tutelle et curatelle n'est qu'un ».

[3] LOYSEL, I, I, 39.

[4] *Bragerac*, 130.

[5] *Saintonge*, 2 ; — *Bretagne*, *T. A. C.*, 84 (Cf. ci-après, p. 440, n. 4) ; A. 469, 504, N. 492, 508 ; — *Eu*, 167, 168 ; — *Berry*, I, 16, 17 ; — *Bourbonnois*, 167, 168 ; — *Auvergne*, I, 7 ; — *Marche*, 11 ; — *Poitou*, tit. IX ; — *Angoumois*, 120, 121 ; —

la rescision du contrat selon que celui-ci est avantageux ou dommageable. Sa personne enfin, comme je l'ai dit, n'est pas absorbée dans celle du père : il peut recevoir de ce dernier des donations, et ces donations, sauf en quelques coutumes [1], sont irrévocables [2]. C'est le renversement de la notion du pécule profectice. Nous avons vu, cependant, la théorie des pécules passer dans les coutumiers du moyen-âge, et nous allons la retrouver bientôt dans certaines coutumes modernes.

Ce n'est pas seulement, d'ailleurs, dans le centre et le nord que se manifeste cette action réciproque des idées romaines et coutumières. A Bordeaux, pays de droit écrit, toute obligation contractée par le fils sans le consentement de son père est nulle, comme celle que contracte une femme sans l'autorisation de son mari. Le fils est incapable de recevoir un paiement hors de la présence paternelle. Une autorisation écrite ne suffirait même pas. Il faut que le père soit là, en personne : « Quar tau consentiment dat per lo payre per procuracions es revocat ». La même coutume, dérogeant au principe de l'unité de personne, admet la validité de l'acte par lequel l'enfant, même non émancipé, fait donation à son père des biens qu'il a recueillis dans la succession de sa mère [3].

On demeure plus fidèle aux principes romains dans les autres pays de droit écrit. L'enfant, pourvu qu'il soit en âge, y peut exercer les fonctions publiques, administrer ses pécules, avoir un domicile séparé, contracter toutes sortes d'obligations, recevoir paiement, donner décharge, ester en justice dans les causes qui concernent ses *bona castrensia vel quasi castrensia* et en matière criminelle ; exercer, relativement à son pécule profectice la réintégrande, l'action *commodati* et l'action *depositi;* disposer, selon la plupart des auteurs, même

Montargis, VII, 3 et 7 ; — *Troyes*, 139 ; — *Clermont en Argonne*, II, 8 ; — *Bassigny*, 42 ; — *Gorze*, I, 13, 16 ; — *Metz*, I, 5 et 10 ; Cbn. *Évêché de Metz*, I, 18, 19 ; — *Douay*, VII, 2 ; — *Châtellenie de Lille*, XIII, 3 ; — *Liège*, I, 11 ; — *Bergh-St-Winox*, XVII, 31 ; — *Haynant*, ch. CX ; — *Valenciennes*, 26.

[1] *Liège*, VI, 19 ; — *Berry*, VII, 5 ; — *Poitou*, 222.

[2] *Auvergne*, XIV, 42 ; — *Gand*, 21, 7 ; — *Andenarde*, 17, 9 ; *Bergh.-St-Winox*, XVII, 30 ; — *Châtellenie de Lille*, XIII, 2.

[3] *Las costumas de la villa de Bordeü*, 79, 80, 115.

par donation à cause de mort, des biens dont il a la pleine propriété[1]. Les incapacités qui le frappent à raison de sa qualité de fils de famille sont accidentelles. Telles sont celles qui résultent du sénatus-consulte Macédonien ; telles encore qui tiennent à l'*unitas personæ* et s'opposent à ce que l'enfant puisse contracter avec son père ou avec ses frères soumis à la même puissance. Encore cette incapacité souffre-t-elle de nombreuses exceptions en ce qui concerne les donations entre vifs. Celles-ci, conformément à la loi romaine, deviennent irrévocables si le père meurt ou émancipe l'enfant sans les avoir révoquées. Sont valables également les donations mobilières pour les dépenses que le fils a faites à la guerre, ou pour ses études, ou pour acheter une charge, et toutes celles qui sont faites en faveur du mariage. « Nos mœurs, dit Ricard, ont eu tant de considération pour les conventions faites dans cette espèce de contrat, qu'elles les ont rendues susceptibles de toutes sortes de pactions, quoique contraires aux lois du pays ; et les provinces de droit écrit ont, en cette occasion, aussi bien que les autres, dérogé à leurs lois pour se rendre conformes à l'esprit général de la France, en une matière qui est le principal objet de la vie civile, et en laquelle tous les peuples d'un Etat doivent être également réunis[2] »

Les parlements donnent également au fils plus de liberté pour tester qu'il n'en avait à Rome. Non seulement il peut disposer par testament des biens dont il a la pleine propriété, mais on l'autorise à tester de ses autres biens, avec le consentement de son père pour cause pie, et sans ce consentement pour les distribuer à ses propres enfants. Dans les autres cas, on admet encore la validité du testament autorisé par le père ; mais il y faut joindre la clause que, s'il ne vaut pas comme tel, il

[1] Ce dernier point était sujet à controverse. Merlin, qui n'admet pas l'opinion dominante, se fonde, à la suite du président Bouhier, sur ce que la novelle 117 ch. I, § 1 où on lit : : « *Licentiam habeant quomodo velint disponere* » porte en grec, « διοικεῖν » qui veut dire seulement administrer. Il cite à l'appui la loi 8, § 5, C. Just., VI, 61 et des arrêts de Toulouse et de Chambéry. Mêmes controverses, et d'autres encore, au sujet des donations à cause de mort (Voyez MERLIN dans GUYOT, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 117-119 et 125-132).

[2] Cité par MERLIN dans GUYOT, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 123, col. 1.

vaudra comme donation à cause de mort, ou seulement, en général, comme disposition de dernière volonté. Seul, le parlement de Bordeaux rejette cette jurisprudence. Par contre, celui de Bourgogne admet que l'autorisation du père, sans autre condition, rend le fils pleinement capable de tester[1].

L'origine toute romaine du testament nous doit bien donner à penser que le droit coutumier se rapproche beaucoup du droit écrit en la question qui nous occupe. Il en est ainsi, en effet, bien qu'il règne une certaine diversité entre les coutumes, et que les plus strictement romaines ne soient pas celles qu'on pourrait croire. C'est ainsi que les coutumes de Berry et de Lorraine[2] bornent la capacité de tester du fils aux biens classés à Rome dans les pécules *castrense* et *quasi-castrense,* tandis que celles du Poitou, de l'Angoumois, des pays de Labourt et de Soule[3] ne soumettent cette capacité à aucune condition ni restriction. Certaines coutumes[4] ne laissent au fils la libre disposition testamentaire que des biens acquis par son industrie; encore exige-t-on pour cela, dans le Haynaut, qu'il vive sur ses propres ressources sans être en rien à la charge de son père. Dans les Flandres, la plupart des textes portent seulement, en termes généraux, qu'il faut, pour pouvoir tester, être « libre », « de condition franche », « maitre de soi[5] ». Ces expressions sont synonymes et s'appliquent, dans la terminologie des coutumes du nord, aux personnes qui ne sont pas en puissance d'autrui[6]. C'est donc que le fils de famille n'y est pas capable de tester. Ainsi l'entendait le parlement de Flandre. Ailleurs, on exigeait, pour la validité du testament, le consentement du père[7]. Plusieurs coutumes, enfin, ne conte-

[1] Merlin dans Guyot, v° *Testament*, t. XVII, p. 110, 111.
[2] *Berry*, 18, 2; — *Lorraine*, IV, 5.
[3] *Poitou*, 276; — *Angoumois*, 119; — *Labourt*, 11, 2; — *Soule*, 26, 2.
[4] *Bayonne*, 11, 1; — *Haynaut*, 32, 3.
[5] Voyez notamment : *Lille*, II, 1; — *Châtellenie de Lille*, IX, 2; — *Douay*, II, 1; — *La Gorgue*, 92; — *Tournay*, 23, 2; — *Bergh-St-Winox*, 23, 1; — *Courtray* 14, 1; — *Bailleul*, XIV, 14.
[6] Devenir maître de soi, c'est être émancipé selon les Coutumes de *Gand*, 21, 1; — *Courtray*, XIII, 13; — *Andenarde*, 17, 1; — *Bergh-St-Winox*, 13, 1, etc... La *Coutume de Haynaut* (32, 1), emploie le mot « libre » comme synonyme de « maître de soi ».
[7] *T. A. C. B.*, 220; — *St-Omer*, 27.

naient aucune décision sur ce sujet : on interprétait leur silence pour ou contre la capacité selon qu'elles admettaient ou n'admettaient pas la puissance paternelle[1].

Lorsqu'elles ne l'admettaient pas, en effet, la capacité de l'enfant ne dépendait, en matière testamentaire comme en toute autre, que de son âge. La majorité, d'abord très précoce ainsi que nous l'avons vu, commence, dès l'aurore du moyen-âge, à devenir plus tardive. « Au XIIIe siècle, écrit M. Paul Viollet, on peut ramener la variété très grande des coutumes à ces règles généralement observées dans l'Ouest et en Angleterre : le gentilhomme est majeur à 21 ans ; le roturier est majeur à 15 ans ; la fille noble est majeure à 15 ans, la fille roturière l'est à 12. Dans l'Est de la France, et dans les établissements des Latins en Orient, le gentilhomme est majeur à 14 ou 15 ans, la fille noble à 12 ans, quelquefois à 11 ans accomplis »[2]. Par cela même, d'ailleurs, que la majorité devient plus tardive pour les nobles en raison des obligations spéciales du service de fief, elle tend pour les roturiers, exempts de ce service, à revenir à sa précocité première. On va même jusqu'à vouloir supprimer pour eux toute minorité. « Aucun si dient, écrit Beaumanoir, que li enfant de poeste sont toujours en âge, mes c'est gas ; car se c'estoit, voirs donques porroit uns enfés qui alaiteroit encore se mère dessaisir se de son héritage, et nus droits ne nule coustume ne s'i accorde, ains uze communément que ce que il fet dessoz quinze ans, ou la femme dessoz douze ans, en soi ostant de son héritage, ne vaust rien qu'il ne lui puist après rappeler[3] ».

Au fond, la coutume reste fidèle au vieux principe que la capacité de fait et la capacité de droit ne font qu'un. En fixant un âge pour la majorité, c'est seulement, comme je l'ai déjà dit, une présomption légale qu'elle substitue aux autres preuves : il est logique que cet âge ne soit le même ni pour toutes les personnes, ni pour tous les actes de la vie civile.

[1] MERLIN dans GUYOT, v° *Testament*, t. XVII, p. 113.

[2] VIOLLET, *Droit privé*, p. 514. Selon Beaumanoir, la *Coutume de Beauvoisis* fixe aussi à 15 ans la majorité du gentilhomme, tandis que celle de France exige 20 ans (BEAUMANOIR, XV, p. 91, al. penult.).

[3] BEAUMANOIR, XV, 22.

Un passage de Glanville manifeste clairement cet esprit du droit coutumier. « Si l'héritier est mineur, dit-il, il doit être sous la garde de son seigneur, jusqu'à ce qu'il ait atteint la pleine majorité, qui arrive à 21 ans révolus, si l'héritier est fils de chevalier ou de tout autre tenant fief militaire, et à quinze ans, s'il est fils d'un sokeman. Est-il fils de bourgeois, il est réputé majeur lorsqu'il sait convenablement compter les deniers, auner les étoffes, s'employer aux affaires paternelles[1] ». C'est en vertu du même principe qu'il existe des majorités spéciales pour certains actes. Tantôt le roturier ne pourra pas les faire, quoique majeur pour tous les autres; tantôt le noble sera capable de les accomplir avant sa majorité. Il me suffira de rappeler ce que j'ai dit relativement à l'âge de l'engagement militaire, de la vêture ou de la profession religieuse, du mariage. Il y a de même un âge pour tester[2], un autre pour être témoin testamentaire[3], un autre, au moyen-âge, pour « soi combattre » c'est-à-dire pour pouvoir engager ou soutenir en justice une action susceptible de se terminer par un combat judiciaire[4].

La condition du mineur coutumier, partout où l'autorité paternelle n'a pas pris la forme tutélaire que l'on sait, n'est autre, aux XIII[e] et XIV[e] siècles, que celle du mineur de 25 ans en

[1] GLANVILLE, VII, 9 dans HOÜARD, *Coutumes*, t. I, p. 483, 484. On appelle *sokeman* l'homme qui tient du roi une terre roturière (HOÜARD, *Coutumes*, t. I, p. 205 et p. 342, n. 1).

[2] 20 ans à *Paris* (293), *Orléans* (293), *Calais* (86), *Bar* (94), *Eu* (104, 105), *Metz* (VIII, 7). 20 ou 21 pour les garçons et 18 ans pour les filles à *Laon* (59), *Reims* (290), *Châlons* (68), *Sedan* (124), *Cambrai* (13, 5), *Amiens* (56), *Meulant* (155), *Dourdan* (101), *Montfort l'Amaury* (89), *Etampes* (103), *Grand Perche* (131), *Melun* (247), *Sens* (68), *Auxerre* (225), *Poitou* (272). 18 ans ou 16 ans pour les garçons et 16 ou 14 ans pour les filles à *St-Omer* (27), *Verdun* (III, 8), *Clermont en Argonne* (VII, 2). 17 ans pour les deux sexes en *Angoumois* (119) ; 14 ans pour les deux sexes dans le *Duché de Bouillon* (13, 2) ; 14 ans pour les garçons et 12 ans pour les filles à *Bayonne* (11, 1) et selon l'*Ancienne coutume d'Agen* (15). La plupart du temps, l'âge requis pour tester des propres, ou, en général, des immeubles, est plus élevé que pour tester des autres biens. En *Normandie* (414, 415), c'est la quotité mobilière disponible qui varie avec l'âge.

[3] 20 ans à *Paris* (289) et en *Normandie* (412).

[4] 21 ans selon les *Établissements de St-Louis* (I, 146) et les *Coutumes Angevines* (BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Glosées*, 76 ; *Liger*, 786, t. I, p. 296 et II, p. 284) ; 20 ans selon *T. A. C. B.* (107) : « Nule bataille ne doit estre jugiée o nul minour tant que il ait vingt ans passés, ne ne se doit combattre ».

droit romain. « Nostre usage, dit Pierre de Fontaine, met molt menor tens en avoir aage, qui le met de quinze ans accomplis, que ne font les lois, qui le metent à vingt-cinq ans accomplis ». Les actes faits par le mineur ne sont donc pas nuls, mais seulement rescindables s'il y a lésion : « La loi escrite, lisons-nous encore dans le Conseil, dit bien qu'on ne doit mie aider au souz agiez en toz poinz ; mes on les doit bien gardier qu'il ne soient déceuz[1] ». Beaumanoir, l'auteur du Livre de Jostice et Plet, Boutillier ne professent point une autre doctrine[2]. Elle devait nécessairement, à la longue, entraîner une adoption plus complète des règles romaines. « Les anciennes constitutions du Châtelet, qui appartiennent au commencement du XIV[e] siècle, dit M. Flach, prouvent qu'alors déjà on donnait des curateurs aux enfants âgés de plus de 14 ans et de moins de 25 ans[3] ». Ceux là n'avaient plus leur père ; mais, assurément, les mineurs de cet âge ne pouvaient avoir une capacité plus précoce lorsqu'ils étaient fils de famille. La très ancienne coutume de Bretagne fixe à 14 et 12 ans l'âge de la majorité ; et cependant, voici ce que nous y lisons : « Est assavoir que nul mineur ne peut contracter ne negocer sans le conseil de son pasteur, jusqu'à tant qu'il ait 25 ans passez par droit. Mais par la coutume, puis qu'il a 20 ans passez, il est hors de tutelle et de curatelle ». Encore cette coutume est-elle peut-être déjà ébranlée, car, quelques articles plus loin, il est dit sans distinction : « Homme ou femme qui sont sous l'âge de 25 ans sont mineurs... ne peuvent contracter, ne négocer, o nul ne o nulle, qui tienge ne qui soit de nulle value... sans la auctorité de ceux en qui povoir ils sont[4] ». A la même époque, la coutume de Bourges met aussi les mineurs de 25 ans en curatelle[5]. Au XV[e] et au XVI[e] siècle, le mouvement s'accentue. La majorité de 25 ans fait son apparition dans de nombreuses coutumes ; beaucoup d'autres exigent cet âge

[1] *Conseil*, XV, 35, p. 132, 133 ; XIV, 11, p. 85.
[2] BEAUMANOIR, XV, 22 et 33 ; XVI, 8 et 11 ; — *Jostice et Plet*, III, 5, 7 ; III, 9, 1 ; — *Somme rural*, 92.
[3] FLACH, *Minorité*, p. 66.
[4] *T. A. C. B.*, 79, 84. Selon ce coutumier, du reste, la majorité ne donne pas au fils de famille la capacité de contracter sans l'autorisation de son père.
[5] *Ville et Septene de Bourges*, ch. CLVIII.

pour la capacité d'aliéner les immeubles, ou accordent au majeur coutumier qui ne l'a pas encore atteint le bénéfice romain de la *restitutio in integrum*. Les juristes, Dumoulin à leur tête, généralisèrent cette doctrine ; la jurisprudence, d'abord hésitante, finit par l'adopter. Seul, le parlement de Rouen la rejeta toujours. « Il arriva de la sorte, dit M. Flach, qu'au XVIII[e] siècle l'âge légal, l'âge de droit commun, fut de 25 ans par toute la France coutumière, la Normandie exceptée ; c'est un point d'histoire à l'abri de toute espèce de doute[1] ».

L'enfant, agissant dans les limites de sa capacité, n'engageait que lui-même. En droit coutumier, comme en droit écrit, il est de règle que le père n'est pas tenu des dettes de son fils lorsqu'il n'en a pas profité ou ne les a pas faites siennes[2]. Il en profite toutes les fois que la dette a pour objet une chose que le devoir paternel l'obligeait à fournir, comme les frais d'études,[3] l'habillement, les soins médicaux, l'équipement militaire, la rançon destinée à tirer le fils de captivité. Il les fait siennes lorsqu'il les autorise ou les ratifie. La jurisprudence se montre ici singulièrement large. Le père, d'après de nombreux arrêts, autorise tacitement son fils à constituer une dot lorsqu'il assiste au contrat, ou même lorsqu'il consent seulement au mariage ; et il peut être condamné de ce chef à la restitution de cette dot. Il existe, sans doute, des arrêts contraires à cette solution critiquable, mais ceux qui l'adoptent sont assurément les plus nombreux. C'est dans le même esprit que la coutume de Bergerac permet de poursuivre le père pour les dettes commerciales du fils lorsque celui-ci exerce ouvertement un négoce dans la maison paternelle[4]. Cette décision, inspirée par les théories romaines sur l'action de *peculio*, est admise telle quelle par les coutumes de Limoges et du Berry. Celle du Bourbonnais ne rend le père responsable que si le commerce est exercé pour lui et sous son nom[5]. Telle est assurément la règle générale en pays coutumier, et le parlement de Paris

[1] Voyez Flach, *Minorité*, p. 76.
[2] Voyez Beautemps-Beaupré, *Liger*, 513-515 ; — Merlin, dans Guyot, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 107 et s.
[3] Cf. *Cour des Bourgeois*, 215.
[4] *Bergerac*, 130.
[5] *Limoges*, 82 ; — *Berry*, I, 10, 11 ; — *Bourbonnois*, 168.

jugea, en 1714, que le commerce fait par le fils pour son propre compte n'engageait nullement le père, fût-il exercé dans sa maison[1].

C'est donc seulement sur les biens personnels du fils que les créanciers avaient recours, sauf à respecter les droits du père sur ces mêmes biens. Ces droits, ou plutôt ceux de la communauté familiale, allaient, à l'origine, jusqu'à faire entièrement disparaître ceux de l'enfant. Beaumanoir nous l'a dit : celui-ci, majeur ou non, ne pouvait rien avoir en propre, et c'est là, nous l'avons vu, un des fondements de la responsabilité du père, une des causes de l'incapacité du fils. « Les enfans demourans aveques le père ou aveques la mère », lisons, nous aussi dans une sentence du Parloir aux bourgeois de 1293, « se ilz font aucuns acquets, ils sont ceuz au père ou à la mère, sans contredire... »[2]. Au XIVe siècle, cette règle est encore en vigueur; mais on en excepte les dons et legs ayant une affectation déterminée. « Un laiz ou don qui est fait à mon enfant estant en ma puissance, écrit Jacques d'Ableiges, vient à mon profit, au cas toutefois que ledit don ou laiz ne serait causé pour apprendre à l'école ou pour le marier ; et encore, si la cause cessoit, ledit laiz ou don reviendroit à moy par la coustume de la prévosté de Paris ». Toutes les autres acquisitions de l'enfant appartiennent au père[3]. Il en était de même à Reims, et cette coutume y persista jusqu'au milieu du XVIe siècle[4]. Elle s'y présentait depuis longtemps déjà, à cette époque, comme une exception. La théorie justinienne du pécule adventice, en vigueur dans les pays de droit écrit, avait exercé de toutes parts en pays coutumier une profonde influence. Les anciennes coutumes méridionales en portent naturellement la marque. Celles de Bordeaux attribuent au père les acquisitions du fils, mais en exceptant les biens maternels : « si no so que ten de part

[1] Arrêt cité par MERLIN, *ubi suprà*.

[2] Cité par SIMONNET, dans *Rev. hist. de droit franç.*, t. XIV, p. 529, n° 2 et par SALIS, p. 157.

[3] ABLEIGES, II, 40, p. 263, 264 ; — Dans le même sens : DESMARES, 248, p. 590 et *Style du Parlement* (XIVe siècle), cité dans SALIS, p. 157-158.

[4] VARIN, *Arch. législat. de Reims*, I, p. 615, 660 ; — *Cout. de Reims de 1556*, procès-verbal, sur l'art. 8, dans RICHEBOURG, II, p. 564.

mayre o deu lignatge devert mayre... »[1]. Les fors de Béarn admettent la même règle et la même exception, en étendant celle-ci à toutes les successions, donations et legs échus à l'enfant, et à tous ses gains purement personnels. Le père ou l'aïeul n'acquiert donc que les gains dont ses propres biens sont la source : ses droits de propriété sont limités aux accroissements du pécule profectice[2]. De très bonne heure, les autres coutumes entrent dans cette voie. Dès le commencement du XIV[e] siècle, les décisions que nous venons de relever dans les coutumes béarnaises sont admises en Bretagne. Bouteiller, qui les adopte, leur donne pour fondement des considérations d'équité successorale[3]. Nous les retrouvons un peu plus tard en Poitou[4], en Anjou[5], à Clermont[6], mais avec certaines variantes. Si le père aliène quelque bien appartenant à son fils, celui-ci peut le revendiquer, à moins que le père n'interdise par testament cette revendication, « car lors le filz devroit garder la volunté de son père s'il voulloit estre son héritiez ». Les dons mobiliers sans affectation spéciale et les gains de fortune sont acquis au père, comme les profits réalisés sur son avoir[7].

Les coutumes des XVI[e] et XVII[e] siècles refusent également au père la propriété des donations, legs et successions échues à l'enfant[8]. Quelques-unes seulement lui attribuent tous les dons entre vifs ou testamentaires, lorsque le donateur n'a pas fait de réserves expresses à cet égard[9]. Une difficulté résulte du silence que gardent la plupart d'entre elles au sujet des gains personnels et des meubles de l'enfant. Nous savons à quoi nous en tenir pour les coutumes de Bretagne, du

1 *Las costumas de la villa de Bordeü*, 78.
2 *Fors de Morlaas*, 179 à 181 ; — *Fors général*, 277.
3 *T. A. C. B.*, 209 ; — *Somme rural*, 75.
4 *Droiz et commandemens*, 142, 556, 756.
5 BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Liger*, 597 à 600.
6 SALIS, p. 158.
7 BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Liger*, 641 ; — SALIS, *ubi supra* ; — *Poitou de 1514*, 321.
8 *Bretagne*, A. 506 ; N. 529 ; — *Berry*, I, 22 ; — *Bourbonnois*, 174 ; — *Poitou*, A. 321 ; N. 318 ; — *Châlons*, 8 : — *Reims*, 8, 35 ; — *Chauny*, A. 55 ; N. 58 ; — *Sedan*, 7 ; — *Clermont en Argonne*, VI, 7 ; — *Laon*, 56 ; — *Audenarde*, XVII, 8 et 9 ; — *Haynaut*, 32, 5.
9 *Vitry*, 100, 110 ; — *St-Omer*, 33 ; — *Châtellenie de Lille*, 13, 2 ; — *Lille*, V, 2 ; — *Cf. Bruxelles*, 269.

Bourbonnais, du Berry, dont les termes s'appliquent manifestement à tous les biens, de quelque nature qu'ils soient; pour celles du Poitou, qui donnent expressément au père, en pleine propriété, les meubles de l'enfant en puissance; pour celles du Haynaut, qui ne lui en accordent que la jouissance[1]. Mais que décider pour les autres? Est-ce en Poitou, est-ce dans le Haynaut qu'il faut chercher le droit commun? Je crois une distinction nécessaire.

Entre nobles, le père est baillistre naturel de ses enfants : or, le baillistre fait ordinairement siens les meubles. Entre roturiers, il n'en est plus de même. C'est aux principes qui règlent la communauté familiale qu'il faut recourir. Ce que l'enfant gagnera par son industrie, dans la maison paternelle, appartiendra donc au père comme chef de cette communauté; ce qu'il gagnera en dehors, ce qu'il acquerra autrement, lui demeurera personnel. Telles sont les régles que nous relevions tout à l'heure en quelques coutumes anciennes, et que les coutumes de Metz, de Gorze, d'Audenarde formulent expressément[2]. Tel est aussi l'avis de Guy Coquille, contraire, il est vrai, à l'opinion commune du temps. « La question en laquelle nous sommes, dit-il, est des enfans qui ont père et mère vivans, soit en aage de 18, 20 ou 25 ans; ont moyen de travailler et de s'employer aux champs, s'ils sont laboureurs, en la ville s'ils sont marchands : et de fait travaillent et s'employent; et, par leur industrie et labeur, les biens de la communauté croissent et multiplient; sçavoir s'ils devront prendre part en cette augmentation, ou si, par autre raison, ils devront être récompensés. Par commune opinion en ce pays, on a estimé qu'ils ne doivent être comptez et ne doivent recevoir aucune récompense. Et dit-on cette raison, qu'estans sous la sujection et en la compagnie de leurs péres et méres auxquels ils doivent obéissance et honneur, pour ce respect ils s'employent comme faisans service à leurs péres et méres : qui est un devoir auquel nature les oblige ».

[1] *Poitou*, A. 321; N. 318; — *Bretagne*, A. 506; N. 529; — *Berry*, I, 22; — *Bourbonnois*, 174; — *Haynaut*, 32, 5.

[2] *Metz*, I, 4, 12 et 13; — *Gorze*, I, 33, 35; — *Audenarde*, XVII, 8 et 9.

Cette commune opinion n'était assurément pas spéciale au pays de Guy Coquille. On l'étendait même aux gains purement personnels du fils, réservés à celui-ci, sous l'influence du droit romain, par les coutumes anciennes que j'ai citées. Coquille la repousse en ce qui concerne ces biens. Pour ceux que le fils tire à la fois de son industrie et du bien paternel, il veut que les enfants puissent « prendre quelque portion aux profits qui se font en la communauté : non pas une portion entière comme l'un des ameublans parçonniers qui confèrent leurs biens et leur labeur ; mais... une demie portion, à cause de leur labeur et parce qu'ils ne confèrent aucun bien[1] ».

Lorsqu'il ne gagne pas entièrement les acquisitions de son enfant, le père n'est pas toujours ni partout sans droit sur elles. L'influence romaine, qui tendait à lui en ôter la propriété, tendait en même temps à lui en donner l'usufruit. Aussi le Livre des Droiz et commandemens et les anciennes coutumes de l'Anjou, de Bordeaux et de Clermont le lui accordent-elles sur les biens adventices[2]. Il en est de même des coutumes que j'ai citées comme lui refusant la pleine propriété de ces mêmes biens. A Lille, Vitry, St-Omer, il jouit sa vie durant des donations dont la propriété lui est refusée en vertu d'une clause spéciale[3]. Cette durée de son usufruit est d'ailleurs extraordinaire. La plupart des textes le font finir à la majorité de l'enfant[4], à moins que celui-ci ne veuille le laisser durer davantage[5]. Quelques-uns exigent en outre, pour qu'il prenne fin, que l'enfant soit émancipé[6].

Importation romaine, l'usufruit paternel ne se généralisa pas en pays de coutume. « Le père naturel et légitime, qui a

[1] COQUILLE, *Question* 65.

[2] BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Anjou de 1411*, 243; *Liger*, 601 ; *Anjou de 1463*, 274 ; — *Droiz et commandemens*, 142 ; — *Las costumas de la villa de Bordeü*, arg. art. 83 ; — SALIS, p. 158.

[3] Cf. ci-dessus, p. 443, n. 8 et 9.

[4] *Metz*, 1, 4, 12 ; — *Haynaut*, 32, 5 ; 98, 5 ; — *Audenarde*, 17, 8 et 9 ; — *Châlons*, 8 ; — *Reims*, 8, 35 ; — *Chauny*, 58 ; — *Sedan*, 7 ; — *Clermont en Argonne*, VI, 7 ; — *Laon*, 56 : et, pour les biens échus par succession seulement, *Valenciennes*, A. 110

[5] *Las costumas de la villa de Bordeü*, 83 (Cf. ci-après, ch. III, II).

[6] *Droiz et commandemens*, 556 ; — *Valenciennes*, A. 90 (sauf pour les biens échus par succession) ; N. 26 (sans distinction entre les biens).

en sa puissance paternelle ses enfants non mariés [ni âgés] de vingt-cinq ans, lisons-nous dans l'ancienne coutume de Bourges, parce qu'il a ces dicts enfans en sa puissance, ne gaigne point et ne faict pas les fruicts siens des biens et héritaiges de ses ditz enfants qu'il a en sa puissance, jaçoit qu'il ayt administration des ditz biens appartenans à ses ditz enfans; mais s'il a fait aucune dépense pour ses ditz enfans, il la peut compter sur les biens de ses ditz enfans, si bon luy semble, ce que ne pourroit faire ung autre administrateur des biens[1] ». Telle est la règle générale. « Dans les coutumes muettes, dit Claude de Ferrière, le père ne gaigne point les fruits des héritages donnés à son fils ou qui lui appartiennent de quelque côté que ce soit, si ce n'est en vertu de la garde ».

En pays de droit écrit, au contraire, les principes romains sont intégralement observés. Le père n'est pas seulement administrateur, il est usufruitier des biens adventices, et son usufruit dure autant que sa puissance[2]. Il fut même jugé à Toulouse que l'usufruit du père sur les biens de ses enfants durait encore après leur mariage, « à charge pour lui de leur assigner pension et meubles pour leur nourriture et entretènement, suivant les biens dont il avait l'usufruit[3] ».

Les droits d'acquisition ou de jouissance que nous venons d'étudier ne sont pas la seule manifestation de l'autorité paternelle en ce qui concerne les biens de l'enfant. Cette autorité se survit, en quelque sorte, et s'affirme après le décès du père, de deux façons différentes : je veux parler de la tutelle testamentaire, que nous étudierons plus loin[4], et des substitutions. Celles-ci étaient, à Rome, de plusieurs sortes. Elles pénétrèrent toutes en France avec les lois romaines, mais la fidéicommissaire y prit seule quelque développement. La pupillaire et l'exemplaire ne sortirent pas des régions du droit écrit[5]. En pays coutumier, le père peut seulement, en laissant sa succes-

[1] *Ville et septaine de Bourges de 1505*, I, 3.
[2] C. Just., VI, 61, 6.
[3] Arrêt de 1572 cité par Ferrière, I, p. 64.
[4] Cf. ci-après, ch. III, ii.
[5] Argou, I, p. 238; — Ferrière, I, p. 259.

sion à son fils, le grever de restitution au profit de ses descendants ou d'un tiers. C'est la substitution fideicommissaire. Elle ne porte pas sur les biens de l'enfant, mais seulement sur la portion disponible de la succession qu'il est appelé à recueillir. Il nous faut donc, avant d'en parler, aborder l'étude des droits du père sur le patrimoine.

II

Droits du père sur le patrimoine.

1. *Actes de dispositions entre vifs.*

Nous devons ici distinguer entre deux sortes d'actes : ceux que le père fait avec ses enfants ; ceux qu'il fait avec des tiers.

J'ai expliqué quelle était la capacité des enfants pour recevoir des donations de leur père, et je parlerai bientôt de l'importance que ces donations peuvent atteindre. C'est, en effet, dans l'étude de la liberté paternelle de tester que se placera naturellement celle de la quotité disponible et des questions qui s'y rattachent. Nous ne nous occuperons donc pas, pour le moment, des actes de disposition entre vifs que le père peut faire sur le patrimoine en faveur de ses enfants, mais seulement de ceux qu'il doit faire.

L'obligation qui lui incombe de pourvoir à leurs dépenses d'entretien, d'éducation, d'équipement, en proportion de l'importance du patrimoine, n'est pas entièrement éteinte lorsque l'éducation est terminée. Il leur doit toujours des aliments[1]. L'aïeul en doit aux enfants du mariage auquel il a consenti[2]. Un arrêt, rendu en 1707 par le parlement de Flandre, condamne même un père à en fournir au bâtard de son fils[3].

[1] Cf. entre autres *T. A. C. B.*, 268 ; — BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Liger*, 577.
[2] ARGOU, II, p. 214.
[3] Cité par MERLIN dans GUYOT, t. XIV, p. 102, col. 1.

Seules, les causes d'exhérédation permettent aux parents de se soustraire à ce devoir.

Ils ont une autre obligation, dont j'ai indiqué l'origine romaine, et que la jurisprudence des parlements de droit écrit consacra toujours[1] : c'est celle d'établir leurs enfants, de leur donner une dot en rapport avec leur rang et leur fortune. En pays de coutume, cette dot est appelée « mariage avenant », et les filles y ont droit, d'ordinaire, comme à leur part de patrimoine[2]. En 1237, une sentence de l'Echiquier de Normandie ordonne à un père de doter raisonnablement ses filles, sans quoi une dot leur sera assignée d'office sur ses biens par le bailli du roi[3]. Parfois même, du moins entre nobles, la coutume attribue au fils, lorsqu'il se marie, une portion des biens paternels : « Si gentis hom marie son fil, il li doit faire le tierz de sa terre », lisons-nous dans les Etablissements de saint Louis[4]. Mettre le fils à même de tenir son rang et de faire, dans son ménage, honneur à sa maison, tel est manifestement le but de cette pratique, transformée en loi par le temps. Mais l'idée de la copropriété familiale et une certaine confusion qui se produit, comme nous le verrons plus loin[5], vers l'époque où furent rédigés les Établissements, entre le mariage et l'établissement séparé, ne sont peut-être pas étrangères à sa naissance. Plusieurs textes soumis à l'influence du droit romain lui empruntent, en faveur des filles, des décisions analogues et que la seule application des principes traditionnels eût pu dicter. Telles sont les coutumes d'Auvergne et de Bordeaux, les Ordonnances de Metz[6]. Masuer déclare même, conformément aux lois de Rome, que la mère peut être contrainte à doter lorsqu'elle a beaucoup de biens paraphernaux et que le père et la fille sont pauvres[7]. J'ai cité, enfin, un arrêt de Poitiers

[1] Arrêts de Toulouse en 1587 et 1612, et de Bordeaux en 1604, cités par BERNARD, p. 146.
[2] Cf. ci-après, ch. V, III.
[3] MARNIER, *Normandie*, p. 181.
[4] VIOLLET, *Établissements*, I, 21 ; *Ord. de Jean II*, art. 5.
[5] Cf. ci-après, ch. III, I.
[6] MASUER, XIV, 12 ; — *Auvergne*, XII, 30 ; — *Bordeaux*, 43 ; — *Ord. Metz*, I, 113.
[7] MASUER, XIV, 42.

condamnant un père avare à débourser des dots[1]. Il faut observer, en outre, que de nombreuses coutumes interdisent d'exhéréder la fille pour inconduite lorsqu'elle n'est tombée dans le désordre qu'après 25 ans. L'obligation, pour le père, de fournir une dot est implicitement consacrée par cette disposition, romaine d'origine, mais que nous avons trouvée en vigueur en pays coutumier dès le moyen-âge[2].

Aussi bien n'était-ce pas l'ordinaire que l'on dût forcer les parents à procurer à leur fille, argent comptant, de brillants mariages. L'ambition et la vanité aidant, il fallut songer de bonne heure à limiter au contraire le chiffre toujours croissant des dots. C'est en vain, d'ailleurs, que l'édit de Roussillon, en 1563, menaça d'une amende de mille écus les père et mère qui donneraient à leurs filles plus 10,000 livres tournois. Les dots continuèrent à grossir et pareille tentative ne se renouvela plus[3].

Les actes de disposition entre vifs faits avec des tiers sont soumis à diverses règles. C'est toujours la distinction traditionnelle des propres et des acquêts qui forme la base de la coutume. J'ai fait connaître la nature, l'origine, l'importance de cette distinction. Les acquêts seuls et les meubles peuvent être appelés biens du père. Les propres ne sont pour ainsi dire pas à lui : ils appartiennent à la famille. Avant même qu'il ne la perpétue en se mariant, les propres ne sont entre ses mains que comme un dépôt. Il ne peut, d'après les Etablissements de Saint-Louis, en donner plus du tiers pour le douaire de sa femme et la « *Compilatio de usibus Andegaviæ* », ajoute « qu'il ne li puit asener por tierz toute la terre qui muet devers son père »[4]. Il y a là comme un écho de la loi salique désignant par le mot *terra* les propres immobiliers[5].

[1] Cf. ci-dessus, p. 420.
[2] Cf. ci-dessus, p. 407, n. 3.
[3] Edit de Roussillon, 17 (Isambert, t. XIV, p. 164) ; — Voyez ci-après, ch. V, III, vers la fin.
[4] Viollet, *Etablissements*, I, 16; *Compilatio*, 42.
[5] Le même écho se fait entendre dans la *Coutume de Valenciennes* (A. 119), d'après laquelle tout immeuble est réputé propre à moins qu'on ne le prouve acquêt. « Tous biens, dit à l'inverse Loysel (II, 1, 14), sont réputés acquêts s'il n'appert du contraire ».

Pendant le mariage, dès qu'il y a des enfants, les propres deviennent inaliénables en plusieurs coutumes, sauf le cas de nécessité prouvée et jurée ou pour les dettes contractées pendant le mariage. « Home puet bien vendre son héritage por son besoing, non por son preu; et se il n'a besoing ou se l'en siet apertement qu'il le face port son lignage deshériter, non »[1]. A Valenciennes, en ces divers cas, la vente doit être faite en justice. Le mariage une fois dissous, l'aliénation n'est permise qu'aux mêmes conditions ou à charge de remploi ou avec le consentement de l'enfant, s'il est capable[2].

Ce ne sont pas là des dispositions spéciales à une contrée déterminée. Dans les régions et aux époques les plus diverses, on rencontre des textes qui constatent ou impliquent l'obligation de ne pas aliéner les propres sans le consentement de celui qui doit en hériter un jour. Nous avons vu que l'époque franque en pourrait fournir un grand nombre. Le moyen-âge a des formules analogues à celles que j'ai citées alors[3]. En Orléanais, au XIIIe siècle, le patrimoine est immobilisé entre les mains du survivant des père et mère qui ne peut disposer « se ce n'est de l'asantemenz des enfanz »[4]. A la même époque, la coutume de Picardie ne permet de se passer de ce consentement que pour les acquêts et les meubles, et celle du Ponthieu le déclare nécessaire, avec celui du seigneur, pour tester des censives[5]. Cette nécessité, que les coutumes de Labourt et de Soule affirment encore en ce qui concerne les biens *avitins* ou *papoaux*, a laissé sa trace dans un passage de Beaumanoir. Il y est question d'un testateur qui « fet fiancer à ses hoirs qui sont soubz aage, ou qui sont en aage mes ils sont en se mainburnie, que il tiendront l'ordenance de son testament » ; et le vieux jurisconsulte se demande si les héritiers pourront s'affranchir plus tard de leur engagement dans le cas où ils s'en

[1] *Jostice et Plet*, VIII, 3, 1; adde : *ibid.*, 2 et 3; — Cf. *Fors de Béarn* : de contractes et tornius, 6 et 7.
[2] *Cambrai*, VII, 20, 21; — *Valenciennes*, 59; — *Chimay*, II, 2.
[3] Exemples pour les XIe et XIIe siècles dans le *Cartulaire de S. Père de Chartres*, p. 171, 277, 354; adde Thévenin, n° 159, p. 225.
[4] Viollet, *Etablissements*, II, 26; — Cf. ci-après, § 2.
[5] Marnier, *Picardie*, 7. p. 7; — *Ponthieu*, 8, p. 121.

trouveraient lésés[1]. S'agit-il d'un rappel à succession ? « Le père ne puet rappeler sa fille mariée, dit l'ancienne coutume de Bourgogne..., se il a filz qui doie avenir à succession, se ledit père ne le fait par le consentement de son dit filz ». Il en est de même, vers le même temps, en Bretagne[2]. Le père noble veut-il faire à ses fils puînés quelque avantage ? Il faut, selon les Règles coutumières bretonnes, que l'aîné, son héritier, le ratifie. Bouteillier, qui pose le même principe pour la coutume de Haynaut, veut en outre que soient « appelés parens et amis de par père et de par mère ». C'est là, d'ailleurs, dit-il, un usage spécial aux fiefs : il ne s'applique pas aux terres roturières[3]. Parmi les coutumes modernes, enfin, plusieurs exigent encore pour toutes les aliénations de propres, hors certains cas, le consentement de l'héritier apparent[4]. Quelques autres bornent cette règle aux libéralités, soit quelconques, soit seulement testamentaires excédant le quint datif[5].

« On peut faire de son propre acquêt au préjudice de son héritier » dit Loysel; mais Laurière en annotant cet article fait observer avec raison que tel n'est pas l'usage traditionnel. « Anciennement, dit-il, à Paris et dans tout le royaume, on ne pouvait vendre ses propres sans le consentement de son héritier présomptif ou par pauvreté jurée... ce qui n'est plus en usage que dans la Navarre[6] ».

Cette marque du droit des enfants sur le patrimoine s'effaça donc à la longue. Par contre, la coutume emprunta aux lois romaines une autre règle juridique établie pour sauvegarder le même droit. Je veux parler de la révocation des donations entre vifs pour survenance d'enfants. C'est au XVe siècle que cette révocation s'introduit dans plusieurs coutumes[7]. Les Parlements l'admettent à la même époque et tel de leurs arrêts

[1] *Labourt*, XI, 14; — *Soule*, 26, 4; — BEAUMANOIR, XII, 35.
[2] *Bourgogne*, 14, ap. GIRAUD, II, p. 271; — VIOLLET, *Etabl.* : *Ord. de Jean II*, art. 40.
[3] *Somme rural*, 75, p. 437; — VIOLLET, *Etabl. : Règles coutumières*, 2e série, 1.
[4] *Ponthieu*, 19; - *Boulenois*, 92, 124; — *Artois*, 70, 133.
[5] Cf. ci-après, § 2.
[6] LOYSEL, II, v, 15.
[7] *Bourbonnois*, 225; — *Nivernois*, XVII, 13; — *Normandie*. 449. Sur les effets de la révocation, voyez BEAUNE, *Contrats* p. 100 et 101.

est demeuré célèbre[1]. Elle s'opère de plein droit par le seul fait de la naissance de l'enfant ou de sa légitimation s'il est bâtard. Plus tard, l'ordonnance de 1731, généralisant ces coutumes et fixant cette jurisprudence, la fit entrer définitivement dans nos lois.

2. *Testament. — Exhérédation. — Partage.*

Nous avons vu le testament s'introduire peu à peu sous l'influence de l'Église : cette introduction est un fait accompli au début du moyen-âge. Toutefois, l'origine étrangère du testament se trahit encore çà et là par des controverses sur son admissibilité. C'est ainsi qu'une ordonnance est nécessaire, en 1340, pour accorder aux bourgeois de la Réole le droit de tester[2]. Ainsi encore, le premier article du titre des testaments, dans la coutume de Thionville rédigée en 1623, est ainsi conçu : « Encores que cy devant aucuns ayant tenu pour coustume qu'il n'estait permis de tester de ses biens, nommément des fiefs, et que selon ce ait esté souvent jugé, néanmoins, comme par les cayers envoyez tant de diverses cours féodales et justices des villes, que du plat pays, le contraire a été assez clairement prouvé, sera doresnavent observé pour loi et coustume, qu'un chacun à qui cela n'est défendu de droit escrit pourra tester de ses biens meubles ou immeubles, féodaux ou bourgeois[3] ».

L'origine ecclésiastique du testament reste aussi très longtemps visible. « Le testament, écrit M. Beaune, est un acte spirituel. Aux XII[e] et XIII[e] siècles, les témoignages abondent. Dans certains actes, il est appelé *confessio*. Mourir intestat ou sans confession, c'est tout un ; on est *desconfès*. Pour réparer ses fautes, *pro compendio animœ*, *pro redemptione*, il faut léguer quelque chose aux pauvres ou à l'Eglise ; pour effacer ses *torfais*, ses exactions, il faut restituer le bien mal acquis;

[1] Voyez Coquille sur *Nivernois*, XVII, 13 ; — Beaune, *Contrats*, p. 99, 100.
[2] Jarriaud, *Succession coutumière*, p. 249.
[3] *Thionville*, X, I.

sinon le salut spirituel n'est pas assuré. Beaumanoir parle de la nécessité de faire respecter les testaments faits *por la sauveté des âmes à cex qui les font*[1]... Partout, les testaments sont conçus dans des termes presque identiques, qui révèlent une constante préoccupation religieuse et des scrupules de conscience... On voit leurs auteurs recommander leur âme à Dieu, désigner le lieu de leur sépulture, ordonner des restitutions, faire des libéralités pies, avant toutes choses. Le reste n'est qu'accessoire. Ce sont surtout les croisades qui ont encore développé la portée temporelle des dispositions testamentaires[2]».

On songea donc d'abord à assurer le respect des volontés du défunt. Les conciles du XIIIe siècle continuent sur ce point ceux de l'époque franque[3], et les textes qui favorisent les legs pieux abondent dans nos sources coutumières. On pensa ensuite à protéger les enfants contre les captations possibles et contre l'excès d'une ferveur d'autant plus aisément indiscrète, qu'elle était plus tardive et qu'elle n'imposait au testateur aucune privation. En 1212 (1213) un synode assemblé à Paris intervint pour réprimer les abus de ce genre[4]; mais la plus forte barrière qui pût leur être opposée se trouvait dans l'idée traditionnelle de l'attribution du patrimoine à la famille.

Nous avons déjà vu cette idée se manifester très clairement dans la nécessité du consentement de l'héritier pour certains actes entre vifs ou testamentaires. Elle reste la base des règles du droit coutumier relatives au patrimoine. Même en pays de droit écrit, elle est loin d'être inconnue ou négligée. « On se fût indigné jadis, écrit M. de Ribbe, contre le principe posé de nos jours, que l'enfant est le créancier du père[5] ». Oui, dans le midi et à la fin de l'ancien régime; ailleurs même, si l'on eut voulu donner à cette proposition un sens absolu et l'étendre à tous les biens du père : mais pour peu qu'on la

[1] Beaumanoir, XII, p. 63. Voyez le modèle de testament qu'il donne p. 73, 74 : C'est essentiellement et uniquement un acte de religion.
[2] Beaune, *Biens*, p. 553, 554.
[3] Voyez notamment Labbe, t. XI, col. 1059 et 1258.
[4] Glasson, *Succession au moyen-âge*, p. 144.
[5] De Ribbe, *Familles*, II, p. 323 et 324, n. 1.

restreigne au patrimoine, aux propres, elle ne fait que rendre assez fidèlement la tradition des pays de coutume. Nous la retrouvons, presque littéralement, dans un ouvrage du XVe siècle, fortement teinté de droit romain, cependant, et rédigé en Auvergne, c'est-à-dire aux frontières du droit écrit : « La succession des parens, lisons-nous dans la *Practica forensis* de Jean Masuer, n'est pas moins deue aux enfans que les debtes aux créanciers, principalement des biens qui sont venus au père par droit de succession[1] ». Toute comparaison cloche : le père est plutôt dépositaire que débiteur ; il est obligé envers la famille plutôt qu'envers l'enfant ; et celui-ci a plutôt un droit de copropriété qu'une créance. Masuer s'est donc exprimé avec plus de vigueur que de précision. Coquille rendra plus tard la même idée par des termes plus exacts lorsqu'il dira : « Par la loy des François, les héritages venus de nos maïeurs sont affectés à ceux du lignage et ne sont en la libre disposition du propriétaire[2] ».

Nous allons voir cette conception se manifester de nouveau dans les deux catégories de règles successorales que nous avons à étudier maintenant : règles relatives aux avantages faits à l'un des héritiers soit par testament, soit entre vifs ; règles relatives à la quotité dont le testateur ou donateur peut disposer. Dans celles de l'exhérédation même, que nous considérerons ensuite, nous la retrouverons encore.

J'ai dit comment elle avait engendré, à l'époque franque, la règle d'égalité des partages ; comment, sous l'influence des lois de Rome et chez les barbares qui s'y trouvaient le plus soumis, le pouvoir du testateur de déroger à cette règle, en avantageant l'un ou l'autre de ses enfants, s'était développé tout d'abord. On trouve, dans les sources du moyen-âge, des traces et l'aveu de cette influence. « Sachés, lisons-nous dans les Assises de Jérusalem, que s'ils avaient que uns hom ou une feme vient à mort et fait sa devise, et laisse ou donne dou sien propre, ou soit héritage ou choze meuble à ses enfants, et donne à l'un

[1] MASUER, XXXII, 23, p. 464.
[2] COQUILLE, *Question*, 163, p. 297.

plus que au l'autre, bien se peut faire, et tout doit être ferme et estable, par droit et par l'assize, comme le pére et la mère l'avera commandé ou ordené, et au tel raizon est se il le veullent donner à aucun de lors parents, que bien le peut donner ausy comme ils vodront ou à l'un plus ou à l'autre mains, ou tout communaument[1] ». Ces usages se répandirent de plus en plus, à mesure que s'accrut l'influence qui les avait engendrés. Déjà P. de Fontaines nous apprend que, de son temps, certains donnaient au père la faculté d'attribuer à l'un de ses enfants tous les biens disponibles, lors même qu'il n'y avait pas, dans la succession, de biens réservés. Il rejette cette opinion[2]. Au XIV[e] siécle, Bouteiller déclare que, « en moult de coustumes locaulx on tient que le père pourra et peut donner à son plaisir à l'un de ses enfans plus, à l'aultre moins. Et semble que dure chose seroit, ajoute-t-il, de donner à l'un plus à l'autre moins, si ce n'est à l'aisné[3] ». Il est vrai que, pour émettre ce blâme, il s'appuie sur « la loy escrite ». Ce qu'il voudrait, en somme, c'est que l'enfant frustré pût réclamer une légitime dans le cas où la réserve coutumière serait nulle ou insuffisante. Mais sa façon d'envisager la légitime comme un moyen de rétablir l'égalité n'a rien de romain. C'est l'esprit de la tradition qui proteste ainsi par sa bouche, comme par celle de Pierre de Fontaines, contre des usages opposés et de jour en jour plus répandus. Peu de coutumes, cependant, allèrent aussi loin que celles d'Artois, et, outrepassant le droit romain, posérent en régle générale que nul avantage n'est rapportable[4], La plupart retinrent quelque chose des idées d'autrefois. Les avantages y devinrent licites ; mais l'enfant eut seulement le choix de renoncer à la succession pour s'en tenir à ce qu'il avait reçu, ou d'y venir en rapportant. C'était l'une des conséquences que nos anciennes coutumes avaient tirées du principe d'égalité et que Loysel exprime en leur empruntant certaines expressions : « En succession directe on ne peut être héritier et légataire, aumônier et parçonnier[5] ».

[1] *Cour des Bourgeois*, 192.
[2] *Conseil*, XXXIV, 10 ; Cf. ci-après, p. 456, 457.
[3] *Somme rural*, I, 104, p. 605.
[4] *Artois de 1509*, 101 ; *de 1540*, 148 ; — Cf. *Douay*, II, 16 ; — *Valenciennes*, 107.
[5] LOYSEL, II, IV, 12 ; — ABLEIGES, II, 40, p. 265 ; — *Somme rural*, I, 103. La plupart

Il y a, du reste, quelque variété dans les coutumes. Ici, la faculté d'avantager un enfant n'est accordée qu'en faveur des puînés, pour compenser le privilège légal de l'aîné. Là, il est défendu de faire porter l'avantage sur les propres : ce sont les biens des ancêtres, les biens de famille ; la coutume en règle la dévolution, à laquelle le père ne peut rien changer par donation, ni par testament[1]. L'impulsion romaine ne l'emporta donc en définitive que d'une façon très incomplète. Le patrimoine proprement dit resta, presque partout, soumis au principe d'égalité. Pour les autres biens, le père ne conquit pas le plein pouvoir d'avantager. Nul ne devant être à la fois héritier et légataire, il ne pouvait gratifier d'une main l'un de ses enfants sans lui ôter de l'autre sa part de patrimoine. Plusieurs coutumes consacrent la règle d'égalité parfaite. Le rapport est dû par l'enfant donataire ou légataire, même en renonçant à la succession : le père est complètement privé de la faculté d'avantager[2]. Cette égalité rigoureuse était de la pure tradition coutumière. Les sources du moyen-âge ne laissent aucun doute à ce sujet. On peut même dire, si l'on excepte les Assises de Jérusalem, qu'elles sont unanimes à cet égard : unanimité d'autant plus convaincante que l'influence romaine entraîne, chez certains de nos vieux auteurs, une hésitation visible, un mélange de dispositions romaines et d'idées coutumières fort intéressant. Ainsi Pierre de Fontaines, entraîné par la logique du droit testamentaire, déclare que le testateur peut donner à son enfant ce qu'il pourrait donner à un étranger : c'est le droit romain. Mais, en même temps, il s'occupe d'étayer par un texte du Digeste l'opinion de « cels qui dient que li père n'a mie pooir par nostre usage de donner toz ses muebles et toz ses conquets à ung de ses enfanz ». Cette opinion c'est la sienne : « Trop est cruels ceste sentence et contre humanité

des coutumes qui posent cette règle posent auparavant le principe traditionnel : « Père et mère ne peuvent avantager leurs enfants l'un plus que l'autre ». (Voyez *Paris*, 303, 307 ; — *Orléans*, 273).

[1] Klimrath, *Travaux*, t. II, p. 336, 337.

[2] Par exemple : *Touraine*, 302, 304, 309 ; — *Anjou*, 320, 334 ; — *Maine*, 278 ; — *Lodunois*, 29, 12 ; — *Vitry*, 73 ; — *Châlons*, 100 ; — *Perche*, 125.

que aucuns gens dient que li péres puet donner auquel il vorra de toz ses enfanz toz ses chateus, et tos ses muebles, et toz ses conquez ou à estranges, nis s'il n'est einsi qu'il n'eit for muebles et conquez, dont ce seroit contre tot droit et contre les lois escrites ». Le père a bien le droit de partager ses conquêts entre ses enfants, même d'une manière inégale, mais il ne faut pas que cette inégalité soit excessive, « si que li plus qu'il done à l'un n'amenuist trop li dons de l'autre ». La donation, d'ailleurs, est rapportable[1]. Quant aux propres, ils restent hors de cause : il est évident que le père n'y peut pas toucher. Même doctrine dans le Livre de Jostice et Plet. L'héritage donné par le pére devra être compris dans le partage de la succession si les autres enfants l'exigent, à moins, cependant, qu'il ne s'agisse d'un don de mariage et que tous les enfants ne soient mariés. Ils viennent alors tous à la succession, sans rapporter[2]. C'est que la dot est considérée comme représentant la part de l'enfant dans le patrimoine : si chaque enfant a reçu sa dot, le partage est déjà fait en partie ; il suffit de le compléter.

Le principe d'égalité est aussi appliqué aux roturiers dans le droit angevin. « Quant hom costumiers a enfanz, soient fiz ou filles, autretans à li uns come li autres en la terre au pére et à la mère, et tout autretant es meubles et es achaz et es conquez s'il les ont[3] ». Pour les nobles, la question ne se pose pas. Ils n'ont jamais, de par la coutume féodale en cette région, qu'un seul héritier, l'aîné de leurs fils. « Puinéz nobles ne sont point héritiers de pére ne de mére, mais tiennent en bienfait[4] », c'est-à-dire en un usufruit. Le père ne peut que leur faire des dons ou legs, comme à des étrangers, dans les limites de la quotité disponible.

Beaumanoir semble d'abord permettre d'avantager un enfant

[1] *Conseil*, XIV, 11 et 14 ; XXXIV, 10.
[2] *Jostice et Plet*, XII, 21, 5 ; IV, 6, 1 ; XII, 22, 5 et 24, 1 ; — DESMARES, 236.
[3] VIOLLET, *Etablissements*, I, 136 ; Cf. *Compilatio*, 104.
[4] BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Anjou de 1411*, 53 ; *Glosées*, 18 ; *Anjou de 1463*, 68. Cette coutume remonte, en Anjou, plus haut que le XIIIe siècle (Voyez BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, t. III, p. XCI à CIV).

plus que l'autre : « Coustume suefre bien que cil que pére et mère marient ait plus qu'il n'emporteroit en se partie ; mais que ce ne soit trop outrageusement, et cis outrages doit estre restrains par le juge à la requeste des autres hoirs, après le mort du pére ou de le mère[1] ». Voilà donc l'avantage permis, mais il est limité et n'a lieu qu'en mariage. Or, tout ce qui touche au mariage est exceptionnellement favorisé. De plus, comme je viens de l'indiquer, le don de mariage n'est guère qu'une manière de partage[2]. Ce que l'enfant emporte, en sortant de la maison paternelle pour s'établir, ce n'est pas précisément un don ; c'est une part de patrimoine à laquelle il a droit. Cette part, il pouvait l'exiger jadis : nous avons vu qu'il avait encore ce droit chez les Burgondes à l'époque franque. Depuis longtemps, c'est le père qui la lui fait; mais c'est toujours une part : de là, en partie du moins, les règles qui lui sont spéciales par rapport aux autres dons. Ceux-ci ne peuvent contenir aucun avantage. « Çascuns gentixhons ou hons du poeste, qui n'est pas sers, pot, par nostre coustume, laissier en son testament ses muebles, ses conqués, et le quint de son héritage, là u il li plest, exceptés ses enfants as quiex il ne pot plus laissier à l'un qu'à l'autre[3] ».

Le grand coutumier de Normandie n'est pas moins formel : « *Prœterea sciendum est quod, cum pater plures habeat filios, unum altero de hereditate sua non potest facere meliorem; sed post ejus decessum, omnia dona hereditatis, quœ eorum alicui fecerit, ad portiones faciendas inter eos debent revocari. Nullus enim aliquem eorum qui œquales hereditatis suœ post decessum ipsius expectant portiones, dando, tradendo, vendendo vel aliquo alio modo potest de hereditate suâ facere aliis meliorem ; nec etiam aliquem ex ipso procreatum; et quod dictum est de masculis, similiter intelligendum est de feminis*[4] ». L'égalité est si essentielle, que la fille dotée elle-même doit le rapport lorsqu'elle a reçu plus que sa part *ab*

[1] Beaumanoir, XIV, p. 80, 81 ; — Cf. VII p. 48; LXX; p. 352, 353.
[2] V. ci-après, ch. V, III.
[3] Beaumanoir, XII, 3.
[4] *Grand coutumier de Normandie*, 36.

intestat. Les meubles seuls ne sont pas rapportables. Il en est de même à Reims [1]. A Amiens, toujours au XIII[e] siècle, la même idée revêt une forme un peu différente. Les avantages sont interdits; les père et mère peuvent seulement opérer entre leurs enfants le partage de leurs biens et donner, à chacun, un de leurs immeubles, fussent-ils d'inégale valeur; mais c'est à condition qu'il y ait autant d'immeubles que d'enfants et qu'aucun des immeubles ainsi donnés ne soit compris dans le douaire de la mère [2]. Vers la même époque, à Paris, un acte de notoriété du Parloir aux bourgeois interdisait également les avantages [3].

Jacques d'Ableiges un peu plus tard les interdit à son tour [4], Bouteiller impose à tous les enfants l'obligation du rapport. Il permet sans doute au père d'avantager ses enfants; mais il ajoute, on s'en souvient, que cela ne se peut faire sans le consentement du fils aîné pour les fiefs. Le rapport doit, en tous les cas avoir lieu, à moins que chaque enfant n'ait reçu, un don. Encore faudrait-il peut-être que l'excès d'un don sur l'autre ne fut pas « trop outrageux [5] ». C'est, appliquée à tout don quelconque, la règle que nous avons trouvée à Amiens pour les immeubles et dans le Livre de Jostice et Plet pour les dons de mariage. J'en ai donné l'explication sommaire. Nous y reviendrons dans la suite. La très ancienne coutume de Bretagne interdit les avantages aux roturiers, à moins qu'ils ne soient faits à titre rémunératoire. « Si cause ne a en la donnaison qui soit raisonnable [6] ».

Il est donc facile de suivre la tradition coutumière depuis l'aurore du moyen-âge jusque dans les coutumes modernes. Elle peut se résumer en ces termes : les donations et legs préciputaires sont interdits; seuls, sont ou peuvent être dispensés de cette règle les avantages qui ne résultent pas d'une dona-

[1] *Reims de 1250*, art. 3, ap. GIRAUD, II, p. 418 : « Hons et fame ne puelent faire de leur héritage naissant leur enfans l'un meilleur que l'autre ».

[2] MARNIER, *Anciens usages d'Amiens*, IX, p. 159.

[3] Acte de 1293 cité par LAURIÈRE, sur *Cout. de Paris*, 303.

[4] ABLEIGES, II, 40, p. 265.

[5] *Somme rural*, I, 75, p. 437 à 440; — Cf. I, 103, ci-dessus, p. 455.

[6] *T. A. C. B.*, 207.

tion proprement dite, mais de l'assignation de parts que le père fait à ses enfants en les établissant séparément ou en faisant à chacun d'eux un don à peu près égal.

Le pouvoir de disposer des meubles et des acquêts tendait à engendrer celui d'avantager un enfant sur ces biens. Cette faculté n'est pas encore admise partout au moyen-âge ; elle ne l'est surtout pas sans hésitations ni sans restrictions. Dans certaines coutumes modernes, cette tradition s'est adoucie. Dans d'autres, elle est, au contraire, devenue plus rigide. C'est ce qui est arrivé notamment pour les dons de mariage, dont le rapport est imposé, en plusieurs endroits, même à l'héritier renonçant. Cette aggravation s'explique par l'abolition progressive des coutumes qui excluaient primitivement de la succession tous les enfants sortis de la famille. Cette exclusion atteignait nécessairement tous ceux qui s'étaient mariés et établis séparément en emportant leur part de patrimoine. Elle fut de bonne heure restreinte aux filles, et l'on perdit de vue son origine. Elle disparut même complètement dans beaucoup de lieux. L'enfant marié venant à la succession, on eût à choisir entre deux partis. Ici, l'on paraît avoir considéré d'abord le rapport comme une conséquence de la vocation successorale : il est dû, même si l'enfant ne juge pas à propos de répondre à cette vocation. Là, on semble avoir regardé le droit de venir à la succession comme une faveur accordée à l'enfant : il peut y renoncer pour rester dans la situation où son exclusion traditionnelle le place. S'il en profite, au contraire, il doit rapporter, afin de ne pas faire tort à ceux qui ne sont point exclus. Eux seuls, du reste, profiteront du rapport. Il n'est dû qu'à eux ; les mariés n'y ont pas droit.

Non seulement l'idée coutumière opposa une résistance victorieuse aux influences romaines dans les pays de coutume; mais dans le Midi même elle se maintint ou laissa de profondes traces en quelques lieux. L'ancienne coutume d'Agen était une coutume d'égalité parfaite[1]. Il en est encore ainsi de celle de Bordeaux au XIVᵉ siècle, en ce qui concerne la succes-

[1] JARRIAND, *Succession cout.*, p. 248.

sion maternelle[1]. Les coutumes gasconnes n'admettent pas que l'avantage fait à l'un des enfants dépasse le douzième des biens[2]. A Mont-de-Marsan, le père ne peut avantager l'un de ses héritiers en biens avitins, c'est-à-dire en propres anciens[3].

A ces quelques exceptions près, du reste, les pays de droit écrit suivaient le droit de Justinien. Les donations entre vifs, à l'exception de la dot, de la *donatio propter nuptias*, et des dépenses faites pour établir l'enfant, n'étaient pas rapportables. On pouvait cumuler les qualités d'héritier et de légataire. Le père était donc libre d'avantager tel ou tel de ses enfants selon son bon plaisir, pourvu que les autres eussent leur légitime[4]. En d'autres termes, il pouvait disposer en faveur d'un ou de plusieurs de ses enfants de tout ce qu'il pouvait donner à un étranger.

On sait que la légitime dont le père ne peut frustrer l'enfant sans avoir de justes causes d'exhérédation fut fixée par Justinien, selon le nombre des enfants, au tiers ou à la moitié de la part héréditaire de chacun d'eux. Tout legs qui réduit l'enfant à une moindre part des biens paternels est réductible. Telle est la loi dans les pays de droit écrit. Quelques coutumes locales seulement exagèrent la liberté de tester du *paterfamilias*. Ainsi à Toulouse, l'enfant devait jadis se tenir pour satisfait pourvu qu'il eût reçu cinq sols toulousains : cette règle fut peut-être abolie en 1285[5]. Il en était de même, vers la même époque, à Montpellier et à Carcassonne[6]. « Père et mère, dit aussi la deuxième coutume d'Alais, peuvent laisser à leurs enfants ce qu'ils veulent; et s'ils laissent peu, ceux-ci ne doivent pas s'en plaindre. Que toujours ils soient satisfaits de ce qui leur est laissé, et qu'ils ne puissent demander la Falcidie »[7].

[1] *Las costumas de la villa de Bordeü*, 68.
[2] JARRIAND, *Succession cout.*, p. 249.
[3] *Marsan :* titre des successions, 7.
[4] LOYSEL, II, XIV, 12; — MERLIN, *Répert.* v° *Rapport*, § 1, n° 2.
[5] *Toulouse*, ap. RICHEBOURG, t. IV, p. 1057 *in fine* : « *Si aliquæ aliæ* », et p. 1058 : *rubr. de testamentis*, 3; — Cf. cependant, VIOLLET, *Droit privé*, p. 869, n. 2.
[6] *Montpellier*, 55; *Carcassonne*, 55, ap. GIRAUD, I, p. 61.
[7] BEUGNOT, 2e *Cout. d'Alais*, 11, p. 107.

Des pays de droit écrit, la légitime romaine se répandit peu à peu dans les pays de coutume. Y est-elle admise dès le moyen-âge ? Le Conseil, il est vrai, reproduit les dispositions des lois écrites qui la concernent ; mais cela ne prouve pas que la coutume fût conforme. On admettait bien quelque chose d'analogue, mais non sans contestation. Certains prétendaient conserver au père, dans tous les cas, la libre disposition de ses meubles et de ses acquêts. P. de Fontaines rejette cette opinion pour le cas où le disposant n'a point de propres. Si le testateur, dit-il, a donné tout son bien sans avoir de justes motifs d'exhéréder ses enfants, la coutume veut que le légataire soit réduit à une part d'enfant. Si le père, outre les meubles et conquêts, a des héritages, ce qu'il a fait est valable, lorsque cés héritages suffisent « à la sostenance as enfans ». Dans le cas contraire, ceux-ci peuvent réclamer sur les biens donnés de quoi suppléer à l'insuffisance des héritages[1].

Beaumanoir a des solutions toutes semblables, quand les biens réservés par la coutume sont suffisants pour la soutenance des héritiers. S'ils ne le sont pas, « doit estre retrait dou testament tant que li hoirs puissent resonnablement avoir leur soustenance selonc lor estas ». Il n'y a d'exception que si les dispositions testamentaires ont pour but une restitution ou une réparation de dommage, ou s'il y a contre les héritiers certaines causes d'exhérédation. Si l'on opère la réduction prévue, le légataire aura toujours droit à une part d'enfant. Les mêmes règles s'appliquent aux donations entre vifs. « Dons qui sont fait entre vives personnes par cause de bonne foi sont à tenir... mes l'en puet bien savoir que chil ne sont pas donné pour cause de bonne foi qui sont donnés contre Dieu et contre la coustume du païs, ou pour ses hoirs deshireter par peine, se il n'a en le haine resnable cause ». Cette règle générale se trouve répetée deux autres fois à la même page en termes tout aussi explicites. C'est en l'appliquant « espéciaument » à la donation faite à l'un des enfans, que Beaumanoir accorde

[1] *Conseil*, XXXIII.

aux autres la faculté de la faire réduire « à mesure par estimation de loïal juge »[1].

Le droit des enfants est donc sauvegardé ici, non seulement contre les avantages, mais contre tout don ou legs fait à étranger. Ce droit a-t-il pour objet la légitime du droit romain ? Celle-ci ne fut point accordée aux ascendants, si ce n'est exceptionnellement, en quelques provinces, et par la jurisprudence seule : Pierre de Fontaines reconnait aux ascendants le même privilège qu'aux descendants. La légitime porte sur une quote part de toute la succession ; l'héritier ne peut être privé de cette quote part que s'il existe contre lui de justes causes d'exhérédation : le droit accordé aux enfants par Beaumanoir et par Fontaines ne s'exerce que sur les meubles et acquêts, en cas seulement d'insuffisance des propres et de pauvreté des enfants. Non seulement la quotité n'est pas déterminée, non seulement le « loïal juge » pourra, selon les rangs, les fortunes et les circonstances, la fixer à un chiffre plus ou moins élevé, mais il pourra la mettre à zéro s'il estime que les enfants ont, par ailleurs, leur « soutenance ». Les enfants n'auront rien s'ils peuvent se passer des meubles et acquêts de leurs parents, quand bien même ceux-ci n'auraient pas de propres et les frusteraient ainsi de la totalité de leur succession. Beaumanoir ne nouslaisse, à ce sujet, aucun doute : « Se mes hoirs, dit-il, ont tant dou leur ou d'autre costé que de moi que il soufise à lor soustenance... les puis-je oster de mon testament ; donques puet l'en voir que nous avons dit que quant l'en lesse le tout à estranges personnes que l'en doit secourre as hoirs dou testament, chest à entendre quant il sont povre »[2].

Nous voilà bien loin de la légitime romaine, bien près de la simple obligation alimentaire qui incombe aux parents envers leurs enfants. Aussi bien est-ce sur cette obligation que Pierre de Fontaines fait reposer tout son système : « Qui doit mielz, dit-il, estre sostenuz de la sostenance au pére, que li enfant qui sont de son propre sanc et que il doit norrir selonc

[1] BEAUMANOIR, XII, p. 66, al. 2 et 5.
[2] BEAUMANOIR, XII, p. 66, al. 4, *in fine*.

nature ? » Et pour justifier sa solution à l'égard des ascendants il écrit : « Puisque on puet constraindre le père et la mère de lor enfanz norrir, selonc nostre usage, par quoi ne reprovera cil meismes usages au père et à la mère des biens au fill, puisqu'ils en ont grant mestier, mesmement en ce point qu'il ne valent més rien au fill[1] ». Doit-on appeler légitime ce qui n'est ainsi, en dernière analyse, que la consécration juridique du devoir qui s'impose aux proches parents de soutenir leurs proches parents, héritiers ou non ? La légitime romaine était fondée sur la copropriété familiale. Elle avait pour but d'empêcher le père de dépouiller entièrement son enfant de biens sur lesquels celui-ci avait des droits. Avant qu'elle fut établie, le père pouvait disposer à son gré de toute l'hérédité. Le fils, armé de son droit d'héritier, de copropriétaire, pouvait, à son tour, faire annuler comme inofficieux le testament paternel. Que devenait alors le droit de tester cher aux Romains ? On chercha donc à limiter ce droit précieux pour le soustraire à ce hasard ; et, traitant l'enfant comme s'il eût été institué héritier, on lui permit, lorsqu'il n'existait contre lui aucun motif d'exclusion, de réclamer le quart de la succession paternelle. La légitime est née de la nécessité de sauvegarder les droits du fils sans refuser tout effet aux dernières volontés du père par cela seul que ces droits seraient méconnus. C'est, à l'origine, une réserve du quart ; plus tard, Justinien la porta au tiers ou à la moitié selon le nombre des enfants. Les différences qui la séparent des réserves coutumières ne sont point essentielles et ne changent pas son caractère. Ici, l'usage du testament a été une suite de l'absorption de la collectivité familiale dans la personne de son chef : cette absorption a conféré à celui-ci un pouvoir sans limites, et la liberté de tester a précédé l'institution d'une réserve. Là, le testament est une importation étrangère : il est venu du dehors, à une époque où le droit de disposition du père était borné de tous côtés par les droits de la collectivité familiale, et la réservation des biens a précédé la liberté de tester. Ici, dans un disponible total on a accordé au fils une certaine réserve ; là, dans une réserve totale, on a

[1] *Conseil*, XXXIII, 1 et XXXIV, 10.

accordé au père un certain disponible. Telle est la raison des différences ; mais c'est bien d'une réserve héréditaire qu'il s'agit des deux parts Or, ni Beaumanoir ni Fontaines ne réservent rien aux enfants. Ils leur accordent, si cela leur est nécessaire, et dans la mesure où cela leur est nécessaire pour vivre selon leur condition, le droit de réclamer ce dont ils ont besoin aux personnes gratifiées à leur détriment : voilà tout.

La légitime romaine ne pénétra qu'assez tard en pays coutumier, où elle se juxtaposa aux réserves. On ne la trouve guère de bonne heure qu'en Bourgogne où les réserves ne sont pas admises[1]. Les considérations qui inspiraient Beaumanoir et Pierre de Fontaines ne furent sans doute pas étrangères à son introduction ; mais c'est surtout à l'influence croissante du droit romain et aux efforts persévérants de Dumoulin[2] que cette introduction est due. Elle eut lieu à Paris en 1580, mais la quotité de la légitime fut fixée à une moitié, quelque fut le nombre d'enfants. Ce taux fut adopté dans la suite par plusieurs autres coutumes[3], et le parlement de Paris décida, en 1672, que l'on devait s'y tenir partout où la coutume n'en fixait pas d'autre[4].

En regard de ce mouvement de diffusion du droit romain vers le Nord, il faut placer de nouveau le reflux du droit coutumier vers le Midi. La réserve coutumière n'est pas inconnue dans les pays de droit écrit. Beaucoup de coutumes locales l'y consacrent, avec des variantes dans le détail desquelles je crois inutile d'entrer. On la trouve notamment à Agen, Bordeaux, Bazas, Dax, Saint-Sever, Bayonne[5]. Je ne parle pas des vallées pyrénéennes, enclaves coutumières étrangères à la tradition germanique; mais gardant au milieu

[1] *Bourgogne*, 65.

[2] Il faut remarquer aussi que le droit canonique, ayant adopté les dispositions romaines, favorisait ce mouvement (*Decr. Greg. IX*, lib. III, 26, 16 et 18.

[3] *Paris*, 298 ; — *Orléans*, 274 ; — *Chauny*, 49 ; — *Calais*, 85. « A Senlis et à Troyes, dit Lamoignon, par un usage non écrit qui est néanmoins certain et constant, on suit la quotité ordonnée par la coutume de Paris (*Arrestez*, p. 245).

[4] VIOLLET, *Droit privé*, p. 875.

[5] *Agen*, A. 16 ; — *Las costumas de la villa de Bordeü*, 216 ; — *Bordeaux*, 60, 61, 77 ; — *Bazas*, citée par JARRIAND, *Succession coutumière*, p. 246 ; — *Acs*, I, 1 et 2 ; — *St-Sever*, 12, 4 et 5 ; — *Bayonne*, 11, 6.

des régions romanisées, une tradition en plus d'un point toute semblable. J'aurai l'occasion d'y revenir bientôt.

Dans les pays de coutume même, l'unité est loin d'être faite. Pierre de Fontaines et Beaumanoir fixent le disponible du père à la totalité des meubles et acquêts et au quint les propres[1]. C'est à ce taux que se sont arrêtées beaucoup de coutumes[2]. D'autres limitent aux deux tiers des propres la réserve de l'enfant[3]. D'autres l'étendent aux acquêts, voire même aux meubles[4]. Il y a mille et une variantes[5] : leur énumération ne rentre pas dans le cadre de cette étude

Les règles relatives aux libéralités testamentaires s'appliquaient primitivement aux donations entre vifs. Beaumanoir ne laisse aucun doute à ce sujet[6]. « Le commentateur de Pennafort ne fait pas de distinction, dit M. Paul Viollet, et affirme qu'il n'y a pas lieu d'en faire : c'est là certainement, à l'origine, l'esprit général[7] ». Plus tard, la règle est toute contraire : « L'on ne fait pas héritier, par testament, qui qu'on veut de ses propres, mais bien de ses meubles et de ses acquêts » dit Loysel : voilà pour les libéralités testamentaires. « Chacun, âgé suffisamment, peut disposer de son bien à son plaisir par donation entre vifs, suivant l'opinion de tous nos docteurs françois », ajoute-t-il plus loin : voilà pour les donations entre vifs[8]. Quelques coutumes cependant ont gardé l'ancienne tradition. Les unes l'ont maintenue seulement en faveur des enfants[9] ; les autres l'ont conservée pour tous les réservataires. Il en est, en outre, qui ont laissé le disponible au même taux pour les deux sortes d'actes, tandis

[1] *Conseil*, XXXIII, 3 et 12 ; — BEAUMANOIR, XII, p. 63, al. 8.

[2] *Cout. notoires*, VII, p. 528 ; — DESMARES, 149, p. 577 ; — MARNIER, *Picardie*, 7 et 73 ; *Anciens usages d'Amiens*, 3 et 4 ; — Voyez KLIMRATH, *Travaux*, t. II, p. 300 et s. ; — LAFERRIÈRE, t. VI, p. 386.

[3] VIOLLET, *Etablissements*, I, 10 et 68 pour les nobles ; — *T. A. C. B.*, 41 : — Voyez KLIMRATH, *ubi suprà*.

[4] Cf. ci-après, p. 468.

[5] Voyez BEAUNE : *Biens*, p. 593 ; — KLIMRATH, *ubi suprà*.

[6] BEAUMANOIR, 70, p. 352, 353 ; — Cf. ci-dessus, p. 462.

[7] VIOLLET, *Droit privé*, p. 884, n. 2 ; — Cf. *Établissements*, t. III, p. 368.

[8] LOYSEL, II, IV, 6 ; — IV, IV, 8.

[9] *Marche*, 306 ; Cf. 212.

que d'autres fixaient pour les dons entre vifs un taux différent[1].

Dans cette prodigieuse variété des règles relatives à la réserve, partout une seule et même idée se revèle, celle du droit des enfants sur les biens paternels. Partout, l'on cherche à établir un juste équilibre entre ce droit et le droit de tester du pére. Entré dans la tradition coutumière à une époque plus récente, celui-ci remporte, selon les temps et les lieux, une victoire plus ou moins complète. Presque partout, le droit plus ancien des enfants et de la famille se maintient dans cette tradition avec une grande force. Il s'affirme, en ce qui concerne les propres, avec toute sa vigueur primitive dans les coutumes qui réduisent à rien le droit de disposition entre vifs ou testamentaire du père sur cette catégorie de biens[2]. Il a laissé encore d'autres traces dans le Labourt et dans la Soule. Le premier né des enfants, garçon ou fille, est seul héritier, représentant de la famille. S'il veut demeurer à part, il a le droit de demander partage à ses père et mère et d'emporter la moitié des propres. L'autre moitié demeure inaliénable entre leurs mains ; ils n'en ont que l'usufruit. S'ils veulent, plus tard, aller demeurer avec lui, ils doivent renoncer à cette jouissance. L'héritier a-t-il des enfants ? L'aîné d'entre eux aura, sur la moitié des biens familiaux que possède son pére, les droits que celui-ci a exercé sur la totalité de ces biens[3].

« Dans quelques coutumes, écrit d'autre part M. Paul Viollet, un usage bien remarquable, où viennent se dessiner avec une énergie singulière les droits des enfants à la fortune de leurs parents avançait, en faveur des enfants, la succession naturelle. La succession s'ouvrait pour eux, quant aux propres de leur père ou mère survivant, au moment du décés du premier conjoint : le survivant cessait dès lors d'être propriétaire de ses propres, il n'en était plus qu'usufruitier. C'est la *dévolution*. Grâce à ce systéme, les propres étaient assurés aux enfants du

[1] BEAUNE, *Biens*, p. 594 ; — KLIMRATH, *ubi supra*.
[2] *Marche*, 306 ; — *Clermont en Argonne*, VI, 1 ; VII, 3 ; — *Clermont en Beauvoisis*, 131 ; — *Normandie*, 418, 422.
[3] *Labourt*, IX, 18 à 22 ; — *Soule*, XXIV, 22 à 26.

premier lit, à l'exclusion d'enfants issus d'un second mariage. Cette combinaison, ou une combinaison presque identique, a existé jusqu'en 1509 à Orléans, jusqu'en 1531 dans la coutume de Lorris-Montargis. On la retrouve jusqu'à la fin de l'ancien régime dans le nord-est de la France. Louis XIV l'invoqua en 1667 à l'appui de ses prétentions sur le Brabant, le comté de Namur, le Hainaut, la seigneurie de Malines »[1].

L'idée primitive qui se manifeste par cet usage se retrouve, mêlée à celle de la tutelle des femmes, dans l'interdiction jadis faite à la mère, en certaines contrées, de disposer de ses propres dès qu'elle a mis au monde un fils. Elle n'est plus alors que « bail de son héritage », c'est-à-dire qu'elle n'en a plus que l'usufruit[2]. En ce qui concerne les acquêts et les meubles, le droit primordial des enfants devait naturellement s'effacer plus vite et plus complétement. Il a pourtant laissé des traces nombreuses et profondes. C'est de lui que dérive l'indisponibilité partielle des meubles et acquêts établie, comme je viens de le rappeler, par plusieurs coutumes[3]. Ailleurs, il a complètement disparu en ce qui concerne les meubles ; mais une réserve existe encore sur les acquêts[4]. Dans les coutumes dites *de subrogation*, les acquêts et les meubles sont traités comme des propres, lorsque, faute de ceux-ci, ils forment tout le patrimoine du disposant[5]. Quelquefois, il subsiste dans la coutume des dispositions sans portée pratique mais qui portent la marque des conceptions anciennes : hommage platonique rendu à la tradition délaissée. Dans le Labourt et dans la Soule, le testateur peut librement disposer de ses acquêts, pourvu qu'il en laisse une petite part à ses enfants. A Metz, il doit leur laisser douze deniers : moyennant quoi

[1] VIOLLET, *Droit privé*, p. 843.
[2] VIOLLET, *Etablissements*, I, 68; Cf. t. I, p. 150 et *Compilatio*, 3; — La *Coutume d'Anjou de 1411* (BEAUTEMPS-BEAUPRÉ), art. 63, attribue à la naissance d'une fille le même effet.
[3] *Auvergne*, XII, 41 à 43 ; — *Bourbonnois*, 291 ; — *Marche*, 212 ; — *Bourgogne*, VII, 2 et 4 ; — *Maine*, 336 ; — *Touraine*, 233 (en faveur des enfants seulement).
[4] *Normandie*, 431, 440; — *Metz*, VIII, 7 ; — *Evêché de Metz*, X, 3.
[5] *Bretagne*, 203 ; — *Anjou*, 340 ; — *Touraine*, 238 ; — *Poitou*, 217 ; — *Lodunois*, 25, 1 ; — *Saintonge*, 85, 86 : — *Usance de Saintonge*, 61 ; — *Angoumois*, 52 ; — *Sens*, 68 : — *Bar*, 98.

on lui permet de faire ce qu'il voudra de ses meubles, créances et gagières. Même permission lui est octroyée dans la seigneurie de Gorze, « pourvu qu'il laisse à ses enfans (s'il en a), un gros de Metz, d'ancienne et forte monnoye[1] ». Nous avons vu de même, en certaines coutumes méridionales, la nécessité pour le père de faire un legs à ses enfants subsister après la disparition de la légitime: tel l'ancien prix nuptial laissant sa trace dans les cérémonies du mariage sous la forme de treize deniers.

Nous apercevons, dès lors, avec M. Viollet, d'où vient la réserve coutumière, ou plutôt la quotité disponible. « Si je cherche à saisir dans ses origines la quotité disponible, écrit ce savant, je soupçonne qu'elle a été conçue primitivement comme la quote-part personnelle d'un sociétaire ou d'un propriétaire. Un sociétaire ou un copropriétaire peut faire ce qu'il veut de sa part. Or, un père et ses enfants sont copropriétaires du patrimoine: le père peut donc donner à l'Église sa quote-part, rien de plus. Telle est, si je ne me trompe, la plus ancienne conception de la quotité disponible ; c'est sous cet aspect que les influences religieuses la firent originairement pénétrer dans les familles franques[2] ». D'autres faits encore viennent s'ajouter pour corroborer cette opinion, à ceux que je résumais à l'instant.

On se souvient que, chez les Burgondes, le père ne pouvait disposer que d'une part d'enfant dans son *hereditas* et seulement après l'avoir partagée. M. Beaune cite un acte de 1064, « par lequel un homme libre, se constituant serf d'un monastère et lui donnant son avoir, stipule que, s'il lui naît des enfants, ceux-ci prendront leur part dans l'héritage et que les moines auront seulement le surplus[3] ». On aura remarqué, d'autre part, que Pierre de Fontaines et Beaumanoir, lorsque les enfants sont pauvres et que le père n'a point de propres, ne se résolvent pas à enlever à ce dernier tout droit de disposition sur ses autres biens. Il y a une part sur laquelle ce droit

[1] *Labourt*, 11, 3; — *Soule*, 26, 3 ; — *Metz*, VIII, 8 ; — *Lorze*, IX, 20.
[2] VIOLLET, *Droit privé*, p. 873, n. 6.
[3] *Lib. de serv. Maj. Mon.*, 21 cité par BEAUNE, *Contrats*, p. 98, 99.

subsiste malgré tout : les enfants devront la laisser au légataire. Sera-ce un quart, un cinquième ? Non, ce sera une part d'enfant[1]. Nous trouvons dans Glanville la même idée sous une autre forme : « *Cum quis in infirmitate positus testamentum facere voluerit, si debitis non sit involutus, tunc omnes res ejus mobiles in tres partes dividentur equales, quarum una debetur heredi, secunda uxori, tertia vero ipsi reservatur. De hereditate vero, nihil in ultima voluntate disponere potest*[2] ». Voilà bien l'origine du disponible d'un tiers qui passa, des anciennes coutumes normandes, d'abord dans celles de l'ouest et du sud-ouest de la France, suivant l'extension de la suzeraineté anglaise au XII[e] siècle, et plus tard, sans doute à l'époque de la domination des rois d'Angleterre, dans quelques coutumes à l'est de Paris[3]. Le disponible de moitié, que Jacques d'Ableiges adopte pour les meubles et conquêts, n'est, à l'origine, que la part du veuf. La règle posée par Glanville se retrouve, vers l'époque où il écrivait, dans les lettres de Philippe-Auguste accordant aux bourgeois de Bourges le droit de nommer, par testament, un tuteur à leurs enfants. Le tuteur, y est-il dit, « recevra et administrera la part du défunt et celle de ses enfants dans la succession ; il sera sans droits sur celle de la femme[4] ». Plus tard, la même règle est écrite encore dans les anciens usages d'Amiens : les meubles sont partagés en trois parties, une pour le survivant, une pour les enfants, une pour le défunt[5]. Sur cette dernière part se prendront les frais funéraires, que certaines coutumes mentionnent spécialement, avec les legs pieux, en établissant un disponible du tiers[6]. Il est possible que, à l'origine, elle ait dû être dépensée tout entière pour le salut de l'âme du défunt. Au XIV[e] siècle, la très ancienne coutume de Bretagne, après

[1] Cf. ci-dessus, p. 462.
[2] *Glanville*, V, 5, *in fine*, ap. HOÜARD, *Coutumes*, I, p. 477.
[3] *Meaux*, 27 ; — *Troyes*, 95 ; — *Chaumont*, 82 ; — *Vitry*, 100 ; — *Châlons*, 70.
[4] Lettres de 1197, ap. ISAMBERT, t. I, p. 186 : « *Partem suam et partem puerorum suorum; salvâ parte illa quam uxor ejusdem burgensis morientis habere debet* ».
[5] MARNIER, *Anciens usages d'Amiens*, VII, p. 155.
[6] *Marche*, 212 ; — *Bordeaux*, 77.

avoir opéré dans les meubles des roturiers cette division tripartite, attribue aux enfants la part du défunt[1].

La genèse de la quotité disponible semble donc bien avoir été celle que M. Paul Viollet indique. Suivant une autre opinion, la réserve coutumière aurait une origine différente. Son caractère différerait des réserves dont nous avons constaté l'existence dans les lois barbares, celles-ci s'étendant à toute la succession et ayant pour objet d'assurer le sort des enfants, celle-là ne portant que sur les propres et tendant seulement à les conserver dans les familles. L'idée de la copropriété familiale, affaiblie à l'époque franque, aurait repris une énergie nouvelle au temps de la féodalité. C'est dans le droit féodal que la réserve aurait pris naissance. Les roturiers auraient ensuite adopté la coutume des nobles. Les propres seraient ainsi devenus indisponibles à l'exemple des fiefs et, comme eux, pour les deux tiers[2]. Nous venons de voir, cependant, que cette quotité de deux tiers semble bien avoir été fixée tout d'abord en considération de la communauté domestique. D'autre part, la réserve coutumière ne nous est pas apparue comme bornée aux propres, ni l'indisponibilité de ceux-ci comme autre chose qu'une institution primitive, conséquence de la copropriété familiale, ni les réserves des barbares comme des légitimes calculées sur l'ensemble de tous les biens.

Il existe, à l'époque franque, sans doute, de nombreuses formules testamentaires qui nous montrent le testateur disposant librement de tous ses biens : mais elles s'appuient toutes sur les lois de Rome. Le testament est encore un acte purement romain. On sort, dès qu'il s'agit de lui, du domaine de la coutume, et les testateurs en profitent souvent pour éluder ce qui leur déplait dans leur législation personnelle. Souvent aussi, ils respectent cette dernière et ne se croient pas affranchis de son empire par cela seul qu'ils empruntent à une autre la forme d'un acte. En regard des testaments qui feraient croire à une liberté de tester absolue, combien n'en

[1] *T. A. C. B.*, 42.
[2] Hoüard, *Coutumes*, 1, p. 477, n. 1 ; — Glasson, *Successions barbares*, p. 53, 54 ; *Successions au moyen-âge*, p. 152.

pourrait-on pas placer qui ne contiennent que des legs pieux, comme si le testateur ne se croyait le droit de tester que pour cette fin ? Il est vrai que l'Église, en prêchant l'usage de ces legs, travaillait pour la liberté de tester. Celle-ci triompha d'abord, grâce au double caractère romain et religieux du testament, d'une façon d'autant plus large qu'un acte si nouveau ne pouvait être soumis à aucune coutume spéciale. Les testateurs avaient donc toute facilité d'en appeler aux lois romaines. Une réaction devait fatalement se produire à mesure que le testament prendrait droit de cité dans la coutume et se ferait plus profane. Elle se produisit, en effet; et c'est alors que les divers systèmes de réserves, ou plutôt de quotité disponible, en germe dans les lois barbares, achevèrent de se former et de s'établir. L'avènement du régime féodal ne fit que favoriser cette réaction.

C'était donc une des conceptions traditionnelles les plus anciennes et les plus fortement ancrées dans la coutume que celle du droit des enfants au patrimoine. Il faut, par suite, s'attendre à trouver le droit coutumier hostile à l'exhérédation. Peu importe qu'il y ait eu les plus justes motifs de la prononcer : l'enfant, dès lors qu'il est encore membre de la famille au moment du décès, a droit à l'héritage. On conçoit que le père l'en écarte en le faisant sortir de la famille ; mais on se fait difficilement, en pays de coutume, à l'idée que l'un puisse aller sans l'autre. Les règles du droit coutumier en la matière, depuis le commencement du moyen-âge, se partagent en deux catégories bien distinctes : celles qui ne sont pas contraires à l'exhérédation, et leur origine est évidemment romaine; celles qui lui sont hostiles, et leur caractère purement coutumier ne saurait être mis en doute.

Les Assises de Jérusalem ne font guère que traduire la novelle CXV[1]. Pierre de Fontaines emprunte au Code de Justinien deux textes sur les causes de l'exhérédation : il note que celle qui a trait à l'inconduite des filles n'est pas admise par la coutume. Il semble bien aussi, à le lire, que la coutume

[1] *Cour des Bourgeois*, 239.

accorde seulement au père, dans tous les cas, la faculté d'ôter à l'enfant les acquêts et les meubles en les donnant à un étranger. S'il y a des propres, l'exhérédation ne sera donc que partielle[1].

Beaumanoir le déclare formellement : le père ne peut jamais toucher à la réserve. L'exhérédation ne portera que sur les meubles, les acquêts et le quint des propres. Il faudra de plus, si l'héritier est pauvre, qu'elle soit expressément motivée. « Car il appert que chil qui fist le testament fu meuz contre raison se il ne dit en son testament la cause pourquoi il le fist, laquelle cause soit veue resonable ». Si elle n'est pas motivée ou si la cause n'est pas « veue resonable », l'héritier pauvre pourra, comme l'on sait, réduire le légataire ou donataire à une part d'enfant. L'appréciation de la cause est laissée à l'arbitraire du juge. J'ai dit que Beaumanoir cite comme exemple l'inconduite de la fille et le « mariage désavenant » fait par elle contre la volonté de son père[2]. C'est, en cela, de la novelle CXV qu'il s'inspire.

En Anjou, cette cause d'exhérédation est admise de bonne heure en ce qui concerne les filles nobles. On l'y trouve dès la fin du XIe siècle. Les Etablissements de Saint-Louis et tous les textes qui s'y rattachent l'admettent. Le plus ancien de ces textes est complété, commenté en quelque sorte dans les autres par des emprunts faits à la novelle, jusqu'à ce qu'on arrive à résumer simplement la disposition de Justinien, voire même à la reproduire tout au long avec celles qui l'accompagnent. Les filles nobles sont seules soumises à cette loi. On leur applique l'adage : « Noblesse oblige ». « Par longue accoutumance en différence d'estat, dit Christine de Pisan, est tourné en usage si comme naturel en ceulx qui sont nobles de lignage autre grandeur de courage et de mœurs que ès autres[3] ». On tient donc que la fille, si elle n'a pas « cette grandeur de courage et de mœurs », se montre, pour ainsi dire, d'un autre

[1] *Conseil*, XXXIII, 32 et 33 ; XXXIV, 10.
[2] BEAUMANOIR, XII, p. 66.
[3] Cité par M. VIOLLET ; Cpr. *Etablissements*, t. II, p. 277 et IV, p. 254, 255.

sang, d'une autre race, et se met elle-même en dehors de sa famille. On l'exhérède donc, même si le père n'a pas manifesté sa volonté à cet égard[1]. Il en est autrement pour les roturiers. Le fils « fol et taverneret et jueor de dez, qui s'en est alez hors du païs », la fille « qui s'en est allée en meschinage ou en autre leu aillors, por soi jouer et por faire sa volenté », ont les mêmes droits à la succession paternelle que les « sages et bien gueaignanz[2] ». Telle est la tradition coutumière.

En Gascogne, où nous avons déjà vu plus d'une fois cette tradition l'emporter sur le droit romain, « le pouvoir du père est réduit à ce point qu'il ne peut exhéréder ses enfants que s'ils l'ont frappé ou accusé d'un crime »[3]. Encore faut-il, à Bordeaux, au XIVe siècle, qu'il ait prouvé en justice la faute de son fils : « Nul payre ni papou no pot desheretar son filh per degun cas, si no que per dabant senhor autentic l'en aye convencut et proat »[4]. L'exhérédation est tenue pour chose si grave que l'on ne s'en remet pas au père, malgré l'étendue encore considérable de sa juridiction domestique[5], du soin de constater et de déclarer l'existence d'une cause qui la justifie. A Agen, même, elle paraît être tout à fait interdite[6]. Les diverses causes établies par Justinien sont admises dans les autres pays de droit écrit.

C'est seulement à partir du XVIe siècle qu'elle devient permise dans de très nombreuses coutumes, et que la jurisprudence l'admet partout « ès cas de droit ». On sait que les ordonnances inscrivirent au nombre de ces cas le mariage sans le consentement des parents. Il me suffira de renvoyer ici à ce que j'ai dit plus haut à ce sujet et au sujet de l'exhérédation pour inconduite[7].

[1] Voyez les deux jugements auxquels je me suis déjà référé ci-dessus, p. 407, n. 3 ; — VIOLLET, *Établ.*, I, 14 ; *Touraine-Anjou*, 5 ; *Abrégé*, 99 ; *Règles cout.* I, 44 ; — BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Anjou de 1411*, 171 ; *Liger*, 837 ; *Anjou de 1463*, 202 ; *Usaiges, stilles...*, 134.

[2] VIOLLET, *Établissements*, I, 144. M. Viollet traduit *meschinage* par « mauvais lieu » et *soi jouer* par « se débaucher ». Malgré l'opinion de LAURIÈRE et de DU CANGE, qu'il cite, ce sens paraît certain (Cf. *Droiz et commandemens*, 335).

[3] JARRIAND, *Succession coutumière*, p. 249.

[4] *Las costumas de la villa de Bordeü*, p. 221.

[5] Cf. ci-dessus, p. 369.

[6] *Ancienne coutume d'Agen*, 16 (ap. RICHEBOURG, t. IV, p. 904).

[7] Cf. ci-dessus, 399. 405 et s., 410 et s.

L'exhérédation pour hérésie n'était prévue ni par les lois ni par les coutumes, pour la raison bien simple que l'hérésie rendait incapable de succéder[1]. Cette incapacité, du reste, ne frappait que les personnes régulièrement déclarées hérétiques et condamnées comme telles. A l'époque de la Réforme, on admit, selon les lieux et les personnes, soit les exhérédations d'enfants protestants par leurs parents catholiques, soit celles d'enfants catholiques par leurs parents protestants. L'édit de Nantes interdit absolument les unes et les autres. « Les exhérédations ou privations soit par disposition d'entre vifs ou testamentaires, faites seulement en haine ou pour cause de religion, n'auront lieu, déclare Henri IV, tant pour le passé que pour l'avenir, entre nos subjects »[2]. Cette sage disposition disparut avec l'édit qui la contenait.

Le testateur qui ne voulait ni retirer la succession à son héritier par exhérédation, ni la lui laisser franche et quitte, soit dans la crainte qu'il ne la dissipât, soit pour tout autre motif, pouvait le grever de substitution. Je n'ai pas besoin d'insister ici sur l'origine purement romaine des substitutions, ni sur leur introduction relativement récente. Elles devinrent vite fort usitées, du moins la fideicommissaire; car la pupillaire et l'exemplaire, comme l'on sait, n'étaient admises qu'en droit écrit, et la vulgaire pénétra peu dans la pratique[3]. La fidécommissaire elle-même fut toujours vue moins favorablement dans le Nord que dans le Midi. Quelques coutumes ne l'admirent jamais[4]. Celles de Bretagne et de Normandie ne la permirent que dans des cas spéciaux ou à des conditions faites pour la rendre très rare[5]. Toutes interdirent toujours de la faire porter sur la réserve coutumière. C'est donc seulement la quotité

[1] Voyez VIOLLET, *Droit privé*, p. 337, 339.
[2] Edit de Nantes, 26 (*Code de Louis XIII*, t. I, p. 13).
[3] DENISART, v° *Substitutions*, n° 17.
[4] *Marche*, 255; — *Auvergne*, 12, 53; — *Montargis*, 13, 1; — *Nivernois*, 33, 10: — *Sedan*, 130; — *Bourbonnois*, 324; *Bussigny*, XIII, 163. Ces coutumes interdisent expressément les substitutions faites par testament. La jurisprudence en profita pour déclarer valables celles qui résultaient d'un acte entre vifs.
[5] BEAUNE, *Biens*, p. 572; DENISART, v° *Substitutions*, n°s 44 à 48; — *Normandie*, Placités de 1666, art. 54, 55, dans RICHEBOURG, IV, p. 156.

disponible que le père pouvait immobiliser ainsi entre les mains de ses descendants. Je n'ai point à entrer ici dans le détail des restrictions successives que subit la durée possible de cette immobilisation : elle est, dans le dernier état de l'ancien droit, bornée au quatrième degré. De tous les moyens employés pour conserver les biens dans les familles, la substitution était assurément le plus critiquable. Daguesseau, qui en réglementa l'usage[1], souhaitait de pouvoir l'interdire. Le temps prépara la réalisation de ce vœu, et les substitutions étaient déjà vouées à disparaître quand la Révolution les supprima.

Le testament porte très souvent, au moyen-âge et plus tard encore, dans les coutumes, le nom de « devis, devise » c'est-à-dire partage, « *carta divisionis*, *veritas divisionis inter heredes* », comme sont intitulés certains testaments du XIe siècle[2]. Nous voyons par là tout d'abord que le partage d'ascendant reste usité en pays coutumier et qu'il est soumis en principe aux règles du droit testamentaire que nous venons d'étudier. Si, d'après quelques textes, le rapport n'y est pas exigé[3], c'est que les enfants y concourent et peuvent ratifier les avantages faits à certains d'entre eux ou réclamer des compensations. Ce partage semble avoir été assez fréquent. Les Assises de Jérusalem en parlent comme d'un usage courant[4]. C'est aussi comme tel qu'il nous apparait de toute ancienneté en Normandie, à Limoges[5], et dans beaucoup d'autres coutumes. Jusqu'à la fin de l'ancien régime, il est pratiqué partout. « Père et mère, dit Loysel, ou l'un d'eux, peuvent de leur vivant partir leurs biens entre leurs enfants, leur légitime sauve; et est cette disposition réputée testamentaire et révocable, sinon que la donation eût été effectuée et parfaite[6] ». Ordinairement il n'y a pas d'autres formes requises

[1] Ord. de 1747.
[2] BEAUNE, *Biens*, p. 553, texte et n. 1; — Cf. VIOLLET, *Etablissements*, I, 10.
[3] *Lille*, 19; — *Douay* et *Orchies* : Successions, 39; — *Lorraine* : Cahier des coutumes nouvelles, III, 1; — Cf. *Cour des Bourgeois*, 227.
[4] *Cour des Bourgeois*, 227.
[5] MARNIER, *Normandie*, p. 11; — *Limoges*, 50.
[6] LOYSEL, II, IV, 8.

que celles de l'acte par lequel s'opère le partage. Quelques coutumes septentrionales veulent cependant que les enfants aient des garanties spéciales. Ainsi, celle d'Audenarde exige « qu'il soit fait judiciairement en présence de deux eschevins au moins et de l'avis des parents plus proches de chacun costé, où l'on en peut avoir ». Celles de Haynaut, celles de Gand se contentent de l'assistance de deux « proximes parents et communs amis » de chaque côté[1].

A côté du partage d'ascendant, je dois placer un acte qui s'en rapproche à certains égards et dont j'ai déjà eu l'occasion de parler. C'est celui par lequel un père ou une mère se met en l'avouerie d'un ou de plusieurs de ses enfants, c'est-à-dire cède immédiatement et définitivement tous ses biens à condition d'être pourvu de tout par le donataire, jusques et y compris les funérailles. Nous avons déjà rencontré quelque chose d'analogue à l'époque franque[2]. Nous en trouvons des exemples caractéristiques dans certains actes bourguignons du XIVe siècle. En 1392, « Lambelin Rouhey... se met dès maintenant, sa vie durant, au gouvernement et advouerie de Guiot, son fils, custurier, demorant à Dijon... » Au cas de prédécès du fils, le père reprendra ses biens. Il en fait l'abandon « sans riens en retenir ou réserver à li ne ez siens ». En 1418, une fille mariée prend son père en avouerie. Les conjoints donataires mettent les autres enfants en demeure de se charger du vieillard et ceux-ci refusent. Ils déclarent consentir à l'avouerie et ne vouloir aller contre la donation. Le contrat devient dès lors définitif pour eux et pour leur père. On voit seulement, par un autre acte, que le donataire pouvait, dans la suite, s'affranchir de ses charges en renonçant à l'avouerie et à la donation[3].

Les divers traits que je viens de relever dans ces quelques actes, se retrouvent dans le contrat que la coutume de

[1] *Audenarde*, 25, 1 ; — *Haynaut*, *A*. 96, *N*. 31, 1 ; — *Gand*, 24, 3.
[2] Cf. ci-dessus, p. 268, n. 4 ; 289.
[3] SIMONNET, 191, 192, 194, 197. Voyez *ibid.*, p. 191 un autre acte de 1392 concernant une mère, et p. 197 un acte de 1358 passé entre un frère et le mari de sa sœur avec le consentement d'un autre frère et de la mère.

Clermont en Argonne désigne sous le nom d'amortissement. Les enfants que le père n'y a point appelés ont le droit de réclamer leur part du profit en prenant leur part des charges. Les immeubles donnés deviennent inaliénables tant que vit le père, et celui-ci peut, à son choix, au cas de prédécès de l'un des donataires, les reprendre ou continuer l'amortissement[1]. Des dispositions analogues se retrouvent dans plusieurs autres coutumes[2]. Toutes celles qui prévoient ce contrat sauvegardent les droits des enfants sur les biens paternels en les mettant à même d'intervenir et de forcer leur père à transformer en une sorte de partage la donation onéreuse qu'il fait à l'un ou à quelques-uns d'entre-eux.

Ainsi, de quelque côté que nous portions nos regards en pays de coutume, presque partout, presque toujours, la même idée domine les relations patrimoniales de la famille. C'est l'antique idée de la copropriété familiale, du droit des enfants sur le patrimoine, comme, en pays de droit écrit, presque toujours et presque partout, celle de la liberté testamentaire des parents. Rien de plus manifeste que cette opposition de principes; rien de plus connu que l'attachement des populations de l'une et de l'autre région pour leur traditionnel usage. La longue et victorieuse résistance opposée par la coutume aux puissantes influences de l'Église et du droit romain suffit à nous en donner une idée pour le Nord de la France. Pour le Midi, les témoignages de cet attachement abondent. « Dès les XIIe et XIIIe siècles, dit M. de Ribbe, les principales villes du Midi, formant autant de républiques municipales, mettent le droit testamentaire au premier rang des libertés dont doivent user en toute souveraineté les pères de famille. Au XVIe siècle, Du Vair, homme du Nord, premier président en Provence sous Henri IV, déclare dans un de ses arrêts qu'il ne faut pas toucher à *cette jalouse liberté de tester* si chère aux populations méridionales.

[1] *Clermont en Argonne*, VI, 11 à 14 : « Amortir », c'est abandonner un bien à son héritier comme on le lui abandonnerait en mourant. On rencontre aussi dans les coutumes l'expression « se faire mort » d'un fief, d'un immeuble, au profit de son héritier (Voyez *Somme rural*, 75, p. 438).

[2] *Sens*, *A*. 97, *N*. 110; — *Auxerre A*., 110, *N*., 219, 220; — *Angoumois*, 50; — *Poitou*, *A*. 187, N. 205, 206.

Au XVIIIe siècle, une ordonnance générale sur les testaments vient modifier des coutumes consacrées, et le Parlement dans ses remontrances (1737), demande le retrait de certains articles *ouvertement contraires aux mœurs, et notamment à la liberté de tester, droit le plus jaloux des peuples soumis aux lois romaines*[1] ».

Malgré cet attachement si profond à des idées opposées, les régions du Nord et celles du Midi ont connu les unes et les autres des temps où la famille était une et stable, l'autorité paternelle forte et respectée. Pour les unes et pour les autres, des temps sont venus où les mœurs se sont détruites avant que le droit eût été changé. C'est que l'œuvre conservatrice dont les articles de nos coutumes ordonnaient l'accomplissement, s'opérait dans le Midi sous le couvert de la liberté testamentaire. De part et d'autre, le but est pareil : assurer la prospérité de la famille, « l'advancement de la maison » ; et pareil est le moyen : garder et transmettre comme un dépôt sacré le foyer et le patrimoine. La ressemblance des résultats ne doit donc pas nous surprendre et l'identique effet de la décadence des mœurs dans toute la France fait voir une fois de plus que l'influence, parfois très grande, de la liberté de tester sur le sort de la famille et de l'autorité paternelle, n'est jamais que secondaire.

On s'est plu, il est vrai, à célébrer les bienfaits du testament en pays de droit écrit et à les opposer aux inconvénients de la succession coutumière. M. de Ribbe cite à ce sujet un passage d'un livre de raison écrit en 1707 par un homme de l'ancien régime. « Dans toutes les provinces soumises à cette législation », y est-il dit à propos des lois romaines sur la liberté de tester, « il régnait entre les frères et les sœurs la plus tendre union. L'héritier se regardait comme le père de tous les cadets et cadettes ; le plus souvent, ils étaient nourris chez lui, logés chez lui, ou sans payer une pension, ou en payant une pension très modique. Tout cela ne faisait vraiment qu'une famille. Les oncles et les tantes traitaient les enfants de leur frère

[1] DE RIBBE, *Familles*, II, p. 301.

comme leurs propres enfants et en avaient le même soin. Les sœurs du mari vivaient dans le meilleur accord avec leur belle-sœur. Et au contraire, dans les provinces où les successions se partageaient également, à Paris notamment, la mort du père et de la mère était le plus souvent l'époque de la dissension des familles entre les frères et les sœurs. Il n'était pas rare que les prétentions respectives en matière d'intérêt ne causassent des procès, et, si l'on n'en venait pas jusqu'à plaider, du moins les frères et les sœurs se séparaient, s'éloignaient et devenaient presque étrangers les uns aux autres, ne se voyant plus que par une sorte d'égard et de respect humain. La froide étiquette prenait la place de la douce cordialité. Voilà ce que j'ai vu et qu'ont vu tous ceux qui ont été à portée de faire de tels rapprochements[1] ».

Contesterai-je la vérité de ce tableau, tracé par un témoin oculaire ? Non, sans doute ; mais il faut observer d'abord qu'il vante moins la liberté de tester que l'espèce de droit d'aînesse établi grâce à elle. Et puis, il ne faut point oublier quel est ce témoin. Il appartient à une province méridionale très attachée à cette liberté ; il écrit au moment où le Code civil vient de la réduire, et il la regrette. Peut-être exagère-t-il un peu toutes choses. Aussi bien, d'autres témoins oculaires, et qui savaient voir, ont-ils parlé d'autre manière. Il faut recueillir leur témoignage et, après l'homme du droit écrit, entendre l'homme de la coutume. L'un et l'autre, peut-être, a raison.

« Qui voit-on dans les lanternes des chambres, au parquet, à la porte ou dans la salle du magistrat ? écrit La Bruyère[2]. Des héritiers *ab intestat ?* Non, les lois ont pourvu à leurs partages. On y voit des testamentaires, qui plaident en explication d'une clause ou d'un article; les personnes exhérédées ; ceux qui se plaignent d'un testament fait avec loisir, avec maturité par un homme grave, habile, consciencieux, et qui a été aidé d'un bon conseil ; d'un acte où le praticien n'a rien obmis de son jargon et de ses finesses ordinaires : il est signé

[1] De Ribbe, *Familles*, II, p. 359, 360.
[2] *Caractères*, ch. XIV.

du testateur et des témoins publics, il est paraphé ; et c'est en cet état qu'il est cassé et déclaré nul. S'il n'y avait point de testament pour régler le droit des héritiers, je ne sais si l'on aurait besoin de tribunaux pour régler les différends des hommes ».

CHAPITRE III

DURÉE DE L'AUTORITÉ PATERNELLE

I

Emancipation.

Rien ne rend plus sensible la différence entre la *patria potestas* du droit écrit et la mainburnie des pays de coutume que les régles différentes qui déterminent ici et là la durée de l'autorité paternelle.

La *patria potestas* est essentiellement viagère. Seule la volonté du père de famille y peut mettre fin. Il y a des exceptions, sans doute — j'en indiquerai dans le cours de ce chapitre — mais le principe n'en est pas moins celui que je viens de dire. Longtemps il demeura intact. La mainburnie n'a, en elle-même, rien de perpétuel. Liée a un état économique déterminé, celui de la communauté domestique entre les enfants et leur pére, elle ne dure pas plus longtemps que cet état, auquel bien des causes peuvent mettre fin. Aussi, le droit écrit, en principe, et sauf certaines exceptions, n'admet-il que l'émancipation expresse, tandis que l'on connaît et pratique en pays coutumier de nombreuses sortes d'émancipation.

Elles sont toutes sorties, avec le temps, de l'émancipation par établissement séparé. Nous avons constaté que celle-ci était seule connue à l'époque franque. Nous la retrouvons au moyen-âge et dans les temps modernes. Son caractère primordial s'y affirme en ce que son nom sert à désigner toutes les autres, même l'émancipation expresse, que les barbares connaissaient pourtant. On dit que les père et mère mettent leurs enfants « hors d'avecques eux, hors de celle, hors de pain, hors de

lor pain et de lor pot », pour dire qu'ils les émancipent et les mettent « hors de main, hors de mainburnie »[1].

Quelles sont donc les conditions de cette émancipation ? Le consentement du père, celui du fils, sont-ils exigés ? En quoi consiste l'établissement séparé ? Telles sont les questions qui se posent à nous tout d'abord.

Le consentement paternel paraît avoir été nécessaire. Les locutions même que je viens de citer l'indiquent. Lisons les textes : ce sont toujours les parents qui mettent leurs enfants « hors de pain ». On ne voit pas les enfants s'y mettre eux-mêmes. C'est toujours aux parents que le droit d'émancipation est attribué : il n'existe pas, que je sache, un seul texte ancien qui le donne à l'enfant. Quelques coutumes modernes seulement lui permettent, s'il est majeur, de demander en justice sa mise hors de pain : mais il faut que sa demande soit appuyée par quatre de ses plus proches parents et justifiée par de bonnes raisons. Elle peut toujours être rejetée[2]. Il est douteux que l'on puisse considérer de semblables dispositions comme la trace d'une liberté plus grande accordée jadis à l'enfant ; elles sont plutôt un acheminement vers l'émancipation par âge. Nous verrons, d'autre part, que ce qui constitue l'établissement séparé, c'est, avant tout, la division du patrimoine. Il faut que la question des droits de l'enfant sur ce patrimoine ait été définitivement réglée, soit par un partage, soit par une donation équivalente, soit par l'exclusion de l'enfant. Or, ce règlement n'est possible ni sans le père, ni malgré lui. La tradition coutumière ignore le droit que les usages tout particuliers des populations pyrénéennes accordent à l'aîné des fils ou des filles de réclamer aux parents, en certain cas et à certaine condition, la moitié des « biens de ligne[3] ». Il y avait quelque chose d'analogue chez les Burgondes : mais rien, dans le texte de leur loi, ne permet de supposer que le fils pût exiger le partage s'il quittait malgré son père le toit familial.

[1] Voyez par exemple Beaumanoir, XXI, 20 ; — *Somme rural*, I, 100 : « Dire veux comment j'ay veu émanciper, que les ruraux appellent mettre hors son enfant de son pain et de son pot ».

[2] *Mons*, 10 ; — *Chimay*, VI, 1.

[3] Ci-dessus, p. 467, texte et n. 3.

Cherchons-nous à connaître la situation de ceux qui s'en sont allés de la sorte ? Nous ne voyons pas, sans doute, l'enfant prodigue ramené de force ; mais nous ne voyons pas non plus que cela ne puisse arriver. Sa condition, d'ailleurs, et celle de l'émancipé ne sont pas pareilles. S'il n'engage plus, par ses actes, la responsabilité de son père[1], c'est qu'il a cessé d'être sous sa garde[2] et n'a pas acquis le droit de grever le patrimoine sans son autorisation. Le jour où il reprendra sa place au foyer, cette responsabilité, qu'une émancipation eût fait disparaître et que son départ a seulement suspendue, se retrouvera tout entière pour le passé comme pour l'avenir[3]. S'il a ouï dire que son père est mort, il peut venir réclamer à ses frères sa part d'héritage. Il aura « autretant es muebles et en la terre... comme cil qui les avroit aidiez à gueaignier[4] ». Peu importe qu'il ait depuis longtemps un domicile distinct, qu'il se soit marié, qu'il se suffise à lui-même. Il n'est pas tenu pour émancipé dès lors que son père n'a pas consenti à son départ ; et tandis que les enfants mariés et dotés par leurs parents sont exclus de la succession, il viendra « au tele partie comme li enfans à marier avroient[5] ». Réciproquement, s'il a gagné quelque chose, il devra verser ses gains à la masse commune ainsi qu'il l'aurait fait s'il les eût réalisés sans quitter le toit paternel[6].

Aussi bien les adversaires de l'opinion que je crois devoir adopter ici reconnaissent-ils n'avoir pas de texte à citer en faveur de celle qu'ils professent[7]. Ils hésitent à s'appuyer sur la validité du mariage contracté malgré le père. Ils ont raison ; car aucun mariage, comme tel, n'émancipe encore au XIIIe siècle, et celui-là n'est pas tenu pour établissement séparé : nous venons d'en avoir la preuve. Ils paraissent se fonder

[1] *Limoges*, 82 ; — Cf. ci-après l'art. 50.
[2] Je prends ici le mot garde dans son sens usuel comme ci-dessus, ch. I, v.
[3] Cf. SALIS, p. 173-174.
[4] VIOLLET, *Établissements*, I, 144.
[5] MARNIER, *Anciens usages d'Amiens*, IX, p. 158.
[6] *Limoges*, 50.
[7] SALIS, p. 173, n. 1 : « *Directe Quellenbelege stehen mir allerdings nicht zur Verfügung* ».

principalement sur certains passages des sources médiœvales qui accordent à l'enfant le droit de quitter ses parents ; mais ces passages sont spéciaux au survivant des père et mère. Ils ne concernent que le bail ou la garde, et se rattachent aux antiques coutumes qui donnaient au mineur arrivé à l'âge de discrétion la faculté de choisir son tuteur[1]. Or, le bail et la garde tiennent à l'incapacité du mineur et finissent avec elle ; leur base et leur caractère ne sont pas les mêmes que ceux de l'autorité paternelle. En admettant même, d'ailleurs, que les textes en question pussent être invoqués ici, leur autorité serait nulle en présence de divers autres textes qui donnent au mineur le même droit, mais en faisant exception justement pour les père et mère[2]. La coutume de Limoges ne laisse aucun doute sur la nécessité du consentement paternel, au moins dans le pays où elle a été rédigée. Elle l'affirme en termes exprès : « *consuetudo est.... quia filius non potest se separare a patre suo sine voluntate patris* ».

« *Sed pater potest illum separare ab aliis liberis suis* », ajoutent aussitôt ses rédacteurs[3]. C'est une réponse à la deuxième question que nous nous posions tout à l'heure. D'autres textes la confirment en présentant l'émancipation comme un moyen pour le père de dégager sa responsabilité et d'échapper à l'obligation de payer les dettes, les réparations et les amendes dues par le fils. « Li péres et le mère qui voelent esquiver tex perix, dit Beaumanoir, poent metre lor enfans, à le mesure qu'il viennent en aage, hors de lor main, et hors de lor pain et de lor pot et de lor mainburnie[4] ». C'est une preuve que cette responsabilité coutumière ne tire pas son origine de la théorie romaine sur la responsabilité *de peculio*, mais bien des droits de

[1] *Établissements de Francfort de 1297*, ap. KRAUT, II, p. 670 : « *Si aliquis civis habet.. filios... NEC UXOREM HABET... ille filius libere potest extra domum sui patris ire...* » ; — *Echiquier de Normandie* cité par SALIS, p. 173, n. 1 : « *Mater filie T. habeat* CUSTODIAM *filie sue... quousque habeat septem annos et postea poterit ire ubi voluerit* » (VIOLLET, *Établissements*, I, 159).

[2] VIOLLET, *Établissements*, I, 141 : « Et ainsinc n'a nus home costumiers bail d'enfant, *se ce n'est ses père ou sa mère*, puis que il set bien dire auquel il li plaist miauz à aler de ses amis » ; — *Compilatio*. 14 ; — *Abrégé champenois*, 38.

[3] *Limoges*, 50.

[4] BEAUMANOIR, XXI, 20.

garde et de correction et de la copropriété du patrimoine. Elle cesse dès que le fils n'est plus copropriétaire, dès que les droits de garde et de correction cessent de pouvoir être exercés[1]. Les coutumes de l'Agenais rédigées à l'époque de Beaumanoir sont conçues en termes semblables. Celle de Limoges déclare que le père n'est pas tenu des dettes du fils qu'il a chassé. L'enfant peut donc être mis hors de pain sans y consentir. Le père peut toujours, d'ailleurs, réformer seul ce qu'il a été seul à faire. Il peut rappeler son fils, reprendre son pouvoir. Il reprend alors en même temps sa responsabilité[2].

Nous pouvons déjà, par ce qui précède, avoir idée de ce qui constitue dans la tradition coutumière, l'établissement séparé dont l'émancipation est le premier effet. La locution même d'établissement séparé évoque immédiatement l'idée d'une double séparation entre le père et l'enfant : séparation de domicile, séparation de patrimoine. L'une et l'autre est-elle toujours nécessaire ? Emancipe-t-elle toujours ?

A s'en tenir aux apparences, la séparation de domicile semblerait être toujours émancipatrice et toujours nécessaire pour l'émancipation. C'est d'elle, en effet, que sont tirés les noms que l'émancipation porte le plus souvent et que je citais tout à l'heure. Ceux qui évoquent la séparation de patrimoine sont plus rares[3]. Si l'on va cependant au fond des choses, on voit que ces apparences sont trompeuses. Ces manières de parler tiennent uniquement à ce que la séparation de patrimoine reste aisément ignorée, tandis que la séparation de domicile est le fait matériel, visible pour tous, qui rend l'émancipation notoire[4]. En réalité, on peut fort bien habiter à part, fort loin

[1] Cf. ci-dessus, p. 381 et s.

[2] *Limoges*, 82; — *Agen*, 22; — *Clermont Dessus*, 18; — *Larroque Tbaud*, 14 : « *E qui volra pusca desemparar sa molher o sa mainada que no fasco dregh per lor... e quant desemparar los aura, no es recipia en son poder, car, si o fasia, fos tengut de far dreghs per lor* » (Moullié p. 152 et 174, n. 75 et Nouvelle Revue hist. de droit, t. V, p. 45).

[3] Exemple : *Champaigne* et *Brie*, 29 : « Trois choses *partent* homme de pooté ».

[4] Cela est si vrai que l'ancienne coutume de Normandie (citée par Salis, p. 199, n. 1) fixe un délai d'an et jour pendant lequel le père « ne doit recueillir ne loger » son fils, et que ce délai pourtant n'est pas requis pour l'émancipation elle-même. Ce n'est pas, comme dans certaines coutumes romanisantes dont je parlerai bientôt, un délai suspensif destiné à rendre certaine la volonté tacite du père :

même de la maison paternelle, sans être émancipé pour cela. Nous venons d'en voir certains exemples[1]. Il y en a d'autres. Ainsi, les Assises de Jérusalem prévoient le cas de l'enfant qui est « en escole alés pour apprendre aucune science[2] ». Une sentence du Parloir au bourgeois parle d'un fils récemment émancipé qui use de sa capacité nouvelle pour faire une donation à son père, « en récompensation de ce que... li a côuté grant chose en despens *fors de son hostel* et à vestir ». Le principe que ces décisions supposent est exprimé tout au long dans un ancien coutumier de Reims : « *Mainburnia non rumpitur propter hoc quod in diversis locis morantur*[3] ». On peut fort bien, d'autre part, habiter chez son père et être néanmoins émancipé par établissement séparé. Si le père a partagé le patrimoine entre ses enfants, s'il les a mariés et établis à part, et que l'un deux vienne ensuite demeurer avec lui, l'émancipation ne sera pas révoquée. Il pourra seulement se former une communauté taisible, dans laquelle l'enfant comptera pour une tête et au gouvernement de laquelle il participera. Sa situation sera tout autre que celle de l'enfant en mainburnie, puisque, comme Beaumanoir nous l'a dit, celui-ci « n'a rien » et ne peut aucunement, par suite, faire compagnie avec son père. Bien plus, il peut arriver, comme nous l'avons vu, que le père soit en l'avouerie de son fils. Ils auront alors l'un et l'autre le même domicile, et pourtant, bien loin que le fils soit soumis à l'autorité du père, c'est le père qui sera, comme portent les chartes, « au gouvernement de son fils[4] ».

La séparation de domicile n'est donc pas un élément essen-

cette volonté a été exprimée; l'enfant a été « émancipé et mis hors d'avecques son père, si comme l'en a accoutumé à faire au pays de Normandie ». Il s'agit tout simplement de rendre l'émancipation publique, et c'est à la séparation de domicile que l'on a recours pour cela.

[1] Ci-dessus, p. 484, textes et n. 1 à 6.

[2] *Cour des Bourgeois*, 218.

[3] *Parloir aux Bourgeois*, ap. Leroux de Lincy, *Histoire de l'Hôtel de ville de Paris*, p. 164; — *Liber practicus de consuet. remensi*, ap. Varin, *Archives législ. de Reims*, I, 1, p. 39. J'emprunte ces deux citations à M. von Salis, p. 171.

[4] Ci-dessus, p. 477; — Cf. Salis, p. 168, 172; — adde : Coutumes de *Reims* et de *Sedan*, ci-après, p. 488.

tiel du mode d'émancipation qui nous occupe. Il en est tout autrement de la séparation de patrimoine. Des divers textes que j'ai cités jusqu'ici, un double fait se dégage : on ne conçoit pas, à l'origine, dans les pays coutumiers, que l'enfant reçoive sa part de patrimoine, ou soit autrement pourvu, sans être par là même « hors de pain et de mainburnie » ; on ne conçoit pas davantage qu'il soit mis « hors de pain et de mainburnie » sans être mis en possession de sa part de patrimoine, ou autrement pourvu, à moins qu'il n'ait mérité par quelque faute grave d'être chassé de la maison et privé de l'héritage. Partout ces conceptions se retrouvent. Glanville associe étroitement la *forisfamiliatio* et l'assignation au *forisfamiliatus* d'une portion de la terre paternelle[1]. Pour dire que les parents peuvent émanciper leurs enfants en les établissant à part, Beaumanoir dit qu'ils peuvent les mettre « hors de lor pain et de lor pot et de lor mainburnie... par envoyer les servir hors d'entor ans » : voilà pour ceux dont les deux bras sont le principal patrimoine ; « ou par donner lor partie de terre » : voilà pour les gens plus fortunés[2]. Plus tard encore, la même idée se manifeste explicitement dans certaines coutumes. A Reims, à Sedan, le fils commerçant n'est pas seulement capable en ce qui regarde son commerce : il est complètement émancipé, demeurât-il chez son père. On le tient pour établi à part, dès lors que le commerce est à son compte ; c'est, pour la classe moyenne, le pendant de ce que Beaumanoir indique pour la classe pauvre. A Saint-Sever, le père ne doit rien à ses enfants tant qu'il les garde chez lui ; mais s'il les met hors de sa maison, il doit leur donner le quart des biens avitins[3]. Ce sont ces conceptions qui ont fait sortir de l'émancipation par établissement séparé, l'émancipation par mariage. Elles ont été pour beaucoup dans l'admission d'une majorité émancipatrice. Nous les verrons se faire jour dans l'émancipation expresse et dans celle qui résulte de certains titres et dignités.

L'émancipation par établissement séparé demeura toujours

[1] GLANVILLE, VII, 3, *in fine*, ap. HOÜARD, *Coutumes*, I, p. 474.

[2] BEAUMANOIR, XXI, p. 113, *in fine*. ; — adde : Cour des Bourgeois, ci-après p. 491, texte et n. 2.

[3] *Reims*, 7 ; — *Sedan*, 6 ; — *Saint-Sever*, VIII, 1 et 8.

admise par la coutume. Loysel la mentionne; et c'est un principe général du droit coutumier que tout état honorable émancipe[1]. Les règles qui la régissaient autrefois ne demeurent cependant pas intactes. Introduite peu à peu dans les pays de droit écrit, soumise en certains pays de coutume à l'influence des idées romaines, elle changea, ici et là, de caractère. Selon la tradition, elle résultait avant tout de la séparation de patrimoine. Il suffisait que l'établissement séparé eut lieu « au veu et sceu » du père sans qu'il y contredît : son silence valait consentement. Dans les régions que je viens de dire, on la fit résulter avant tout de la volonté paternelle : il fallut donc que cette volonté fût certaine, indubitable. C'est pourquoi l'on fixa un délai avant l'expiration duquel l'établissement séparé ne produisit pas émancipation. Quelques coutumes du sud-ouest limitèrent ce délai à l'an et jour[2]. Les juristes du droit écrit, s'inspirant d'une loi romaine dont j'ai déjà parlé, et dans laquelle il est fait mention du long silence du père[3], hésitaient entre dix ans et vingt ans. C'est au premier de ces deux chiffres que les parlements s'arrêtèrent. Leur jurisprudence se répandit vers le Nord et finit par être généralement adoptée. Les anciennes règles ne se conservèrent qu'à Reims, Sedan et Châlons, dont les coutumes déclaraient expressément l'émancipation acquise par le seul fait de l'établissement séparé. Partout ailleurs, le délai de dix ans était requis. On vit ainsi, en 1707, le Parlement de Paris annuler les engagements du fils d'un conseiller au Parlement de Dijon, alors que ce jeune homme, âgé de 26 ans, habitait dans un appartement loué et meublé par lui à Paris, où il payait la capitation et était inscrit au tableau de l'ordre des avocats. On le déclara soumis à la puissance paternelle[4]. La coutume de Bourgogne portait cependant que « le fils ou fille estant hors d'âge de pupillarité, tenant feu et lieu, en leurs chefs ou séparément de son père, est réputé émancipé de sondit père[5] ».

[1] LOYSEL, I, I, 38; — MERLIN dans GUYOT, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 160.
[2] Voyez ci-après, p. 491.
[3] C. Just. VIII, 47, 1, ci-dessus, p. 64, n. 4.
[4] DENISART, v° *Puissance paternelle*, n° 6.
[5] *Bourgogne*, VI, 3.

Cette condition, que l'enfant fût majeur, paraît avoir été toujours nécessaire ; car, d'après Beaumanoir, c'est seulement « à le mesure qu'ils viennent en aage » que les enfants peuvent être mis hors de pain par leurs parents[1]. On ne semble pas non plus avoir jamais fait de distinction entre le fils et la fille. Celle-ci, du reste, ne quittait d'ordinaire ses parents que pour se marier. C'est du mariage que l'établissement séparé, le plus souvent, résultait pour elle. Pour le fils même, il devait assez souvent en être ainsi ; mais, tandis que la fille, passant sous l'autorité, l'ancien mundium, de son mari, sort nécessairement par le mariage de la mainburnie de son père, le fils y demeure s'il ne s'établit à part. C'est pourquoi, jusqu'à une époque relativement récente, l'émancipation par mariage et l'émancipation par l'établissement séparé restent confondues en ce qui le concerne. La fille, au contraire, cesse d'être sous la puissance de son père même si elle reste au foyer domestique. Le gendre qui vient demeurer chez ses beaux-parents ne passe pas sous leur autorité et n'abdique pas la sienne. Il pourra se former, au bout d'un certain temps, une communauté taisible[2], et le père en aura d'ordinaire le gouvernement : mais il n'aura plus immédiatement pouvoir sur sa fille. « Femme mariée, lisons-nous dans la coutume du Nivernais, après le contrat de mariage par parole de présent et par solemnisation en face de l'Église, est et demeure du tout en la puissance de son mary, et du tout hors de celle de son père »[3]. Veuve, elle ne retombera pas sous l'autorité paternelle. Tels sont les principes traditionnels du droit coutumier[4]. « C'est sous l'influence du droit romain que, depuis la fin du moyen-âge et surtout aux frontières des pays de droit écrit, quelques coutumes font subsister

[1] Voyez cependant un texte des anciennes coutumes de Lille cité par Salis, p. 165 : « Se aucuns bourgeois... mesissent aucun de leur enfaus hors de leur pain, proụ que li enfes fust désaagiés... ».

[2] Voyez par exemple Beautemps-Beaupré, *Anjou de 1411*, 350 *et de 1463*, 400.

[3] Nivernois, 23, 1.

[4] Masuer, XIV, 17 : « *De consuetudine, uxor censetur esse in viri potestate : ita quod mortuo viro, uxor non recidit in patris potestate* » ; — Loysel, I, II, 20 : « Femmes franches sont en la puissance de leurs maris et non de leurs pères » ; — D'Argentré, *sur Bretagne*, 472 : « *Nupta semper in viri potestatem transit, etsi pugnante jure romano* ».

les deux puissances, celle du père et celle du mari, et déclarent nécessaire pour la fille une émancipation spéciale »[1].

L'émancipation par mariage a donc existé de tout temps pour les filles. Au XIIe et au XIIIe siècles, elle n'est pas encore complètement distincte, pour les fils, de l'émancipation par établissement séparé. Le père n'est pas responsable, lisons-nous dans les Assises de Jérusalem, « se ces fils nest soute sa subgession, mais est par luy hors des biens de son père, ou il a devisée chose des biens dou père à ceaus dou fils, ou par cort ou sans cort, si com est ce il est d'aage et a pris feme et a enfans[2] ». Beaumanoir ne semble pas faire de différence entre le mariage et les autres modes d'établissement séparé dans l'énumération qu'il donne de ces divers modes[3]. Plus tard encore, dans les régions où l'influence des idées romaines sur la perpétuité de la *patria potestas* retarde le développement des émancipations coutumières, cette confusion originaire persiste. En Poitou, au XIVe siècle, la fille même n'est émancipée à la suite de son mariage qu'après être restée l'an et jour hors de chez son père. Pour le fils, il faut émancipation expresse. Deux cents ans plus tard, le délai n'est plus nécessaire pour la fille ; mais il l'est pour le fils, à l'émancipation duquel, sauf en noblesse, il suffit désormais[4]. En Anjou, selon la coutume de 1437, « le filz est émancipé du povoir paternel... quand le filz est marié et demeure hors de la compagnie de son père ». Au XVIe siècle, Dumoulin formule à toute occasion le même principe dans ses notes sur les coutumes, et s'efforce de le faire prévaloir en faveur de la puissance paternelle[5].

Le mariage cependant, dès le XIIIe siècle, devient, pour les deux sexes, le mode d'établissement séparé le plus ordinaire. « L'auteur du livre de Jostice et Plet, fait observer à ce propos M. von Salis, ayant sous les yeux ce passage du Digeste :

[1] SALIS, p. 193 ; — Cf. *Droiz et commandemens*, 643 et 1035.
[2] *Cour des Bourgeois*, 218.
[3] BEAUMANOIR, 21, 20.
[4] *Droiz et commandemens*, 643 et 1035 ; — *Poitou*, *A.*, 317 et s. ; *N.*, 312 et s., — Adde : *Angoumois*, 120 ; — *Usance de Saintonge*, 72.
[5] DUMOULIN, *sur Bourbonnois*, 166 et *Blois*, 1, ap. RICHEBOURG.

emancipari filium a patre quocumque loco posse constat traduit : Seue chose est que li péres puet marier en queconques leu ou il voudra son fiz ». Emanciper et marier, c'est tout un à ses yeux[1] ». L'émancipation par mariage commence à prendre dans la coutume sa place spéciale : « mariages » est l'une des « trois choses » qui « partent hommes de poote » selon « li droict et lis coutumes de Champaignes et de Brie que li roys Thiebaulx establi »[2]. Cette place lui est tout à fait conquise au XIV[e] siècle : « *Si quis contraxerit matrimonium statim [erit] de mainburnia, etiamsi cum patre et matre in eadem domo remanserit* ». Telle est la règle que nous trouvons écrite à cette époque dans les anciens coutumiers de Reims. Dès lors, le mariage émancipe généralement en pays de coutume. Il semble toutefois qu'il y faille pour cela le consentement des parents. Les anciens usages d'Amiens assimilent en effet, en matière successorale, l'enfant marié malgré ses parents et sans dot, à ceux qui ne sont ni mariés ni, probablement, émancipés[3]. Aucun doute ne saurait subsister à partir du moment où le mariage sans le consentement des parents est proscrit par la loi civile : il n'emporte alors évidemment pas émancipation. Certaines coutumes le déclarent en termes exprès[4]. Il en est qui font dater l'émancipation des fiançailles[5] D'autres, sur lesquelles l'influence romaine s'est certainement exercée, se bornent à dire que la fille tombe par le mariage sous la puissance de son mari et cesse par suite d'être soumise à celle de son père[6]. C'est refuser au mariage du fils tout effet émancipateur. En Bretagne, l'enfant n'acquiert que le droit de jouir de ses biens. En Bourbonnais, le père peut, en mariant son fils, déclarer qu'il entend le conserver en sa puissance. Dans

[1] SALIS, p. 195 ; — *Jostice et Plet*, I, 10, 8 ; — Dig., I, 7, 36.
[2] *Champagne et Brie*, 29.
[3] *Liber practicus de cons. remensi*, 36 (*ubi suprà*, p. 487, n. 3) ; — Voyez aussi ABLEIGES, II, 29 ; — DESMARES, 236 ; — *Ancien manuscrit* cité par LAFERRIÈRE (t. II, p. 474), d'après CHARONDAS ; — MARNIER, *Anciens usages d'Amiens*, IX, p. 158.
[4] *Bruges*, 18, 2.
[5] Exemple : *Auvergne*, 14, et 2.
[6] *Auvergne*, 14, 1 et 2 ; — *Marche*, 298 ; — *Poitou*, 225, 276, 312, 314 (pour les nobles seulement) ; — *Montargis*, VII, 5 et 6 ; — *Bourgogne*, IV, 1 ; — *Comté*, 24.

la chatellenie de Lille, le mariage n'émancipe pas du tout[1]. Il en est de même en pays de droit écrit. Toulouse, Montpellier, Carcassonne ont cependant conservé la tradition coutumière. Elle se montre arrivée, dans l'ancienne coutume de Toulouse, à cette période de son évolution où le mariage se confond avec l'établissement séparé : il faut, pour qu'il émancipe, qu'un don l'accompagne. A Montpellier, au contraire, ces principes sont déjà effacés en partie au XIII[e] siècle, et c'est dans la volonté du père que l'on place le fondement de l'émancipation par mariage[2]. Ces vieux usages ne disparurent jamais entièrement. A la veille de la Révolution, pourtant, on ne sait plus bien s'ils ne sont pas en désuétude et l'on discute pour savoir s'il faut s'y conformer entièrement ou pas du tout, ou seulement à l'égard des filles[3]. A partir du XVI[e] siècle, d'autre part, le Parlement de Paris introduit l'émancipation par mariage dans tous les pays de droit écrit de son ressort.

Comme on était passé, au XIII[e] siècle, de l'émancipation par établissement séparé à l'émancipation par mariage, on passa, dans la suite, de l'une et de l'autre à l'émancipation par âge. Ce passage paraît s'être opéré par plusieurs voies. La majorité ne marquait pas seulement l'avènement de l'enfant à la capacité juridique. En fait, c'est à cette époque que beaucoup d'enfants, surtout dans les classes populaires, quittaient définitivement la maison paternelle. Les parents les envoyaient « servir hors d'entor aus », comme parle Beaumanoir. La majorité se trouvait être pour eux l'époque ordinaire de l'émancipation. La confusion était facile. Elle se produisit, comme elle s'était produite entre l'établissement séparé et l'un de ses modes ordinaires, le mariage. C'est, en effet, dans un texte spécial aux petites gens que nous la voyons apparaître. Je l'ai déjà cité plus d'une fois : « Coustume est en Champaigne que là où les mains-mortes

[1] *T. A. C. B.*, 81. L'article 204 donne seulement au fils marié la jouissance de ses biens; — *Bretagne*, N. 510, 527; — *Bourbonnois*, 166; — *Chatellenie de Lille*, 13, 1.

[2] *Toulouse* : *de emancip.*, 1 et 2; — *Montpellier* (ap. GIRAUD, I, p. 61), art. 53: — *Carcassonne*, *ibid.*, art. 53.

[3] MERLIN, dans GUYOT, v° *Puissance paternelle*, t. XIV, p. 161.

sont, que trois choses partent hommes de pooté : c'est assavoir, aages, mariages, feux et leux[1] ». Voilà bien la majorité émancipatrice ; elle se montre là nettement pour la première fois dans nos sources, et c'est de paysans, de gens « de pooté », de mainmortables qu'il s'agit. Elle ne sera pas reçue pour tous et partout sans que beaucoup de temps s'écoule. Les textes plus généraux du même temps supposent encore son absence. Beaumanoir nous parle d'un testateur qui fait jurer à ses héritiers « sous aage et en aage », et qui sont « en se mainburnie[2] », d'exécuter ses volontés dernières. On peut donc être majeur sans être affranchi de l'autorité paternelle. Bouteiller, à son tour, nous fait assister à l'émancipation d'une fille majeure par sa mère, « car jaçoit que ladite damoyselle eust bien seize ans environ, si l'avoit tousiours ladite dame en son gouvernement ». De nombreux documents du xive siècle, nous montrent des enfants de plus de 15 ans, des fils de 24, de 26 ans et plus émancipés par leur père ou placés par eux en condition, ou déclarant, avant de signer un acte, qu'ils ont reçu d'eux « licence et auctorité pour le faire[3] ». Loysel ne dira-t-il pas encore : « Les enfans sont en avouerie et mainburnie de leurs pères ou mères, soit francs ou serfs, *majeurs* ou *mineurs*[4] ». Et, jusqu'à la fin, plusieurs coutumes, gardées dans ces traditions anciennes par l'influence du droit romain, ne se contenteront-elles pas, soit de joindre l'âge à l'établissement séparé ou à l'émancipation expresse, soit de donner à l'enfant majeur le droit de demander en justice sa mise hors de pain[5] ?

D'autres causes, cependant, s'ajoutaient, pour provoquer l'institution d'une majorité émancipatrice, à celle que je viens d'indiquer. Le bail, la garde, la tutelle finissent à la majorité : or, on les donne au père et à la mère. Très souvent donc,

[1] *Champaigne et Brie*, 29.
[2] Beaumanoir, XII, 35.
[3] *Somme rural*, I, 100 ; — Actes et documents cités par Simonnet, p. 189, 190 et par Salis, p. 170.
[4] Loysel, I, 4, 2.
[5] *Douai*, 7, 2 ; — *Lille*, 4, 2 ; — *Cambrai*, 6, 2 ; — *Valenciennes*, 26 ; — *Courtray*, 12, 9 ; — *Bergh.-s.-Winox*, XVII, 27 ; — *Mons*, 10 ; — *Chimay*, 6, 1 ; — *Haynaut*, 110, 1 ; — *Gorze*, I, 27 et 28 ; — *S. Mihiel*, I, 19 ; — *Bretagne*, 528 ; — *Poitou*, 312, 313, 316 ; — *Saintonge*, 2 ; — *Bordeaux*, 2 ; — Cf. ci-dessus, p. 483.

lorsque l'un d'eux est décédé, l'enfant cesse, en arrivant en âge, d'être soumis à l'autorité de l'autre. De là à l'en affranchir à la même date lorsqu'ils vivent encore tous les deux, il n'y a qu'un pas. Ce pas est d'autant plus facile à franchir que « le bail peut s'ouvrir du vivant du père et de la mère, s'il échet un fief noble au mineur, à quelque titre que ce soit[1] ». Dès lors, à sa majorité, l'enfant administrera ce fief et en jouira à sa guise. Il sera émancipé, du moins en partie, et cela de plein droit, si bien que, s'il néglige d'exercer ses droits et de remplir les devoirs corrélatifs, il y aura lieu, le plus souvent, à la commise pour défaut d'homme[2]. En Orléanais et en Beauvoisis, sans doute, il en est autrement, mais si le bail y dure même au-delà de la majorité quand il appartient au père ou à la mère, c'est seulement au gré de l'enfant, « tant comme il vodra demorer », « tant comme il lor plet », et pourvu que ce ne soit pas en fraude des droits du seigneur[3]

Il existait enfin, entre les effets de la majorité et ceux de l'émancipation, des similitudes faites pour rendre la confusion facile. On a pris du droit romain la distinction entre les personnes *sui juris* et les personnes *alieni juris* ; mais les différences qui existent entre la mainburnie et la *patria potestas*, celles qui séparent le servage de l'esclavage antique, l'absence de toute institution analogue au *mancipium* et à la *manus*, ont eu pour effet de modifier profondément le caractère de cette distinction. Elle ne repose plus sur les notions de dépendance et d'indépendance, mais sur celles de capacité et d'incapacité. On confond le mineur et l'enfant en puissance de père. On partage, comme nous le voyons dans la coutume de Reims, toutes les personnes en deux catégories : « celles qui sont jouissans et usans de leurs droitcs », et celles qui sont « sous la puissance d'autruy[4] ». On place, dans cette seconde catégorie, les mineurs avec les enfants de famille ; la première doit recevoir tous les majeurs. L'enfant majeur n'est donc plus sous la puissance de son père.

[1] VIOLLET, *Droit privé*, p. 536.
[2] *Champagne et Brie*, 5 ; — Cf. SALIS, p. 167.
[3] *Jostice et Plet*, XII, 6, 13 ; — BEAUMANOIR, XV, 14.
[4] *Reims*, 5.

Peu à peu, par ces voies diverses, la majorité émancipatrice se répandit de toutes parts. A la fin de l'ancien régime, elle a conquis droit de cité dans tous les pays de coutume, à l'exception de ceux que j'ai mentionnés plus haut. Elle ne pénétra pas dans les régions méridionales de la France. « Le fils, quel que soit son âge, dit M. Viollet, ne peut vaquer utilement et valablement à ses affaires s'il n'est émancipé. Le petit-fils dont le père est fils de famille vit, à certains égards, sous la puissance de son aïeul paternel ; il ne tombe sous la puissance du père qu'à la mort de cet aïeul. Cette rigueur toute romaine est de règle dans la plupart des pays de droit écrit »[1].

On y suit également le droit romain en ce qui concerne l'émancipation résultant de certaines fonctions publiques. Cet effet n'est attribué qu'aux dignités notables : l'évêque, le lieutenant général, le gouverneur de la province sont émancipés. La difficulté de déterminer quelles sont, en France, les fonctions que l'on doit assimiler à celles que les lois romaines indiquent, donne lieu, du reste, à des discussions nombreuses. On n'a pas le même embarras en pays coutumier, où les règles relatives à l'établissement séparé ont engendré le principe que tout état honorable emporte émancipation. Cet effet est attribué notamment par les coutumes à la prêtrise, et par les sources anciennes à la chevalerie. Celle-ci est associée au mariage, ce qui montre bien, à cette époque, qu'on la considère avant tout comme un mode d'établissement séparé[2].

Ce mode est donc bien à peu près le seul que l'on connaisse dans les premiers siècles du moyen-âge, en dehors de l'émancipation solennelle et c'est lui qui a donné peu à peu naissance aux autres. Il faut faire exception toutefois pour l'émancipation par lettres et pour l'émancipation expresse. Nous ne nous occuperons pas de l'émancipation par lettres, car en fait, sinon en droit, elle ne s'applique qu'à des enfants sans père ni

[1] VIOLLET, *Droit privé*, p. 526.

[2] VIOLLET, *Etabl.: Ord. de Jean II*, art. 5 ; *Règles coutumières* (1re série), 20. Comme pour le mariage, le fils a le droit de réclamer lorsqu'il est fait chevalier, le tiers de la terre. On veut, évidemment, qu'il ait les moyens de tenir son rang et de faire honneur à son nouveau titre et à sa maison ; mais l'idée que j'indique plus haut (p. 489) n'est pas étrangère non plus à cette disposition.

mère[1]. L'émancipation expresse — et j'entends par là celle qui résulte d'une abdication solennelle faite par le père, — fut usitée à toute époque. Elle l'était chez les Francs. Beaumanoir la mentionne : il déclare même qu'elle est nécessaire pour la mise hors de pain d'un enfant par le survivant de ses père et mère[2]. Bouteiller la décrit[3]. De nombreuses chartes la constatent et nous l'avons déjà rencontrée dans plusieurs coutumes. Certaines d'entre elles n'admettent pas d'autre mode d'émancipation.

Les conditions qu'elle requiert se réduisent à peu près uniquement à la volonté expresse et solennellement affirmée du père. Il n'est pas certain, cependant, que l'on n'exigeât pas, en outre, au moyen-âge, que l'enfant fût majeur[4]. Parmi les coutumes, certaines fixent un âge[5]; d'autres déclarent formellement que « le père peut émanciper son enfant, tant en la présence que absence dudit enfant, en quelque âge que ce soit[6] ». C'est dire que l'émancipation peut avoir lieu contre le gré même du fils. Il n'en fut sans doute pas ainsi de tout temps ni partout, car Bouteiller mentionne expressément le consentement de l'enfant émancipé et l'on se préoccupe généralement de sauvegarder ce dernier contre tout dol. Beaumanoir déclare que « le justice doit moult regarder à l'entencion que li péres ot à oster l'enfant hors de sa garde, se le coze fu fete malicieusement ou non ». On impose même au père l'obligation de jurer que l'émancipation est faite dans l'intérêt de son fils[7].

[1] Voyez VIOLLET, *Droit privé*, p. 520, 521 ; GLASSON, *France*, t. VII, p. 117.

[2] BEAUMANOIR, ch. XXI, p. 114, al. 2 : « Quant li enfans ont ou père ou mère mort, et il demeurent avec cheli qui demeure, coument il pueent estre ostés de mainburnie, nous disons que si le père ou le mère les met hors d'entour soi, et leur baille tout che qui leur est venu de par le mort en muebles et en hiretages sans riens retenir, ils sont hors de sa mainburnie et de sa compaignie; et qui le fet en chette manière, il le doit faire par justiche ou par les amis des enfans ».

[3] *Somme rural*, I, 100.

[4] Cf. ci-dessus p. 400, texte et n. 1 ; — Adde : *Somme rural*, I, 100.

[5] Exemple : *Clermont en Argonne*, II, 9 (sept ans au moins); Cpr. avec les coutumes de Bretagne dont je vais parler.

[6] Exemples : *Orléans*, 185 ; — *Montargis*, VII, 8 ; — *Évêché de Metz*, I, 17 ; — *Châlons*, 7 ; — *Reims*, 6 ; — *Sedan*, 5 ; — *Châtellenie de Lille*, 13, 1 ; — *St-Mihiel*, I, 17 ; — *Epinal*, III, 12.

[7] *Somme rural*, I, 100 ; — BEAUMANOIR, XXI, 20 ; — Cf. SALIS, p. 190, texte et n. 1.

La très ancienne coutume de Bretagne pousse la précaution plus loin. Le fils ne doit jamais être émancipé sans l'avoir lui-même demandé, ce qu'il peut faire dès qu'il est majeur, voire même avant sa majorité lorsqu'il est noble[1] et d'ailleurs capable en fait de se gouverner tout seul. Ces dispositions ont été conservées dans les coutumes bretonnes plus récentes[2]. On exigeait, au moyen-âge, dans le même but, on exige encore plus tard, dans plusieurs coutumes, la présence et le consentement des proches parents de l'enfant, surtout lorsqu'il est orphelin de père ou de mère[3]. Enfin, la notion traditionnelle qui fait de la séparation de patrimoine un élément essentiel de l'émancipation, a introduit de temps immémorial l'usage d'accompagner d'une donation l'émancipation expresse[4]. Cette donation, à laquelle on donnait le nom de *præmium emancipationis*, bien qu'elle ne rappelât en rien l'usufruit partiel des biens adventices laissé, sous ce nom, par la loi romaine au père émancipateur[5], n'était souvent que de pure forme en Bourgogne[6]. Dans d'autres pays, plus éloignés des influences étrangères, la tradition coutumière se manifeste avec plus de force et se maintient plus longtemps : on y exige encore, au XV[e] siècle, que la donation soit sérieuse, et l'on charge le juge d'en apprécier la suffisance[7].

Il n'entre pas dans le cadre de notre étude d'examiner quel était le magistrat ou l'officier public compétent pour recevoir ou prononcer l'émancipation expresse[8] ; mais il ne sera pas inutile de jeter un coup d'œil sur le cérémonial de l'émanci-

[1] Parce que la majorité pour les nobles est plus tardive, elle arrive à 20 ans et l'enfant peut requérir son émancipation à 17.

[2] *T. A. C. B.*, 204 et 79 ; — *Bretagne*. 526. (La disposition spéciale aux nobles a disparu, et l'âge où l'émancipation peut être requise a été fixé à 20 ans).

[3] BEAUMANOIR, XXI, 20 ; — *Somme rural*, I, 100 ; — *T. A. C. B.*, 79 ; Cf. *Mons*, 10 et *Chimay*, VI, 1, qui accordent au fils majeur le droit de réquérir sa mise hors de pain par justice s'il est assisté de ses proches. Ce n'est pas, remarquons-le bien, le père qui est requis et qui émancipe, comme en Bretagne, c'est le juge.

[4] Pareil usage existait chez les Romains. Cf. ci-dessus, p. 184.

[5] Cf. MASUER, cité par SALIS, p. 189.

[6] Voyez SIMONNET, p. 533 ; — Adde : *Somme rural*, I, 100, ci-après.

[7] *Coutume d'Estaires* et *Coutume de Clermont*, citées par SALIS, p. 181 et 190.

[8] Voyez VIOLLET, *Droit privé*, p. 518, texte et n. 4 ; — GLASSON, *France*, t. VII, p. 116 ; — SALIS, p. 186, n. 1 et 2 ; 188, n. 1.

pation. Nous nous en ferons ainsi plus aisément une plus juste idée. Bouteiller nous décrit tout au long ce qui s'observait de son temps en Vermandois, à Lille et dans le Tournaisis. La dame de Raisse, dit-il, voulant émanciper sa fille, se présenta avec elle devant le bailli de Vermandois et exposa l'objet de sa démarche. Les gens de loi furent entendus et l'on procéda selon leur avis. Le bailli fit d'abord prêter serment à la mère. Elle jura qu'elle agissait « sans fraude, sans déception et sans nul mal engin pour sa fille ne pour autre, et que, d'autre part, sa fille estoit agée de plus de douze ans et idoine et sensible de soi et le sien garder ». On interrogea alors la dâmoyselle. Elle déclara « que ainsi le requeroit et que son gré et volonté estoit, sans que oncques en fut oppressée ne contrainte par âme nulle». Pépin de Raisse, son oncle paternel, affirma à son tour qu'elle était d'âge et donna son consentement. On demanda ensuite à la mère « de quel avancement elle la vouloit avancer pour son mariage commencer. Laquelle dame lui donna, en avancement de ce, un gobelet d'or couvert, et dedans certaine somme d'or, tant qu'il suffit à la dite damoyselle et que contente s'en tint. Et puis fut dict par loy... que bien et suffisament avait icelle (dame) damoiselle Jeanne, sa fille, émancipée et mise hors de son pain et mainburnie, si comme à l'usage et coustume du lieu appartenoit, pour la dicte damoiselle Jeanne de lors en avant estre et demeurer gouverneresse d'elle et du sien, de laquelle chose la dicte dame demanda lettres, qui accordées luy furent. Et fust en outre conseillé que si la dicte dame vouloit de lors en avant avoir sa fille avec elle, que ce fust par contrat de marché faict entre elle et sa fille, et pour certain prix ; ou autrement il semblerait que l'émancipation qui faicte seroit, fust faintement faicte et la pourroit-on par ce reprocher[1] ».

Dans le midi, pays de la *patria potestas* romaine, c'est le père qui joue le principal rôle et qui prononce l'émancipation. Le cérémonial est plus imposant. Il n'y a pas de donation symbolisant la séparation de patrimoine. On ne demande pas le consentement du fils. Depuis longtemps, nous l'avons vu,

[1] *Somme rural*, I, 100.

l'émancipation est considérée comme une faveur et un bienfait: il ne saurait la refuser. On ne s'inquiète pas non plus de scruter les intentions du père. On se préoccupe seulement de savoir s'il agit spontanément et dans sa pleine indépendance. La sincérité de l'émancipation n'est pas mise en cause. Il n'est question d'aucune séparation effective qui soit nécessaire pour la prouver. « La scène, écrit M. de Ribbe, se passe devant un juge, un consul et un notaire. Le père dit ses intentions, et le juge l'interpelle pour savoir s'il agit sans subornation ni contrainte. Puis on procède à l'acte symbolique en vertu duquel le fils pourra désormais avoir le plein gouvernement de lui-même : « Le père estant assis sur une chaise et son fils au devant de lui à deux genoux, teste nue, à mis les mains de son dit fils dans les siennes, et lors, s'inclinant à la prière et réquisition d'icelui, de son pur gré, franche et libre volonté, l'a émancipé et mis en liberté et hors de la puissance paternelle, sauf naturellement l'honneur, respect et amitié que lui doit son fils stipulant et humblement remerciant. En signe de quoi son dit père, élargissant ses mains, a relevé celles de son dit fils, l'a mis et le met en pleine liberté, le faisant père de famille, pour d'hors en avant trafiquer, contracter tous ses actes, s'obliger, personnes et biens, acquérir à soi et à son profit, soit par libéralité d'autrui, soit par bonne fortune en son labeur et industrie[1] ».

Ce n'est pas une formule sans conséquence, cet « honneur, respect et amitié » que le père déclare se réserver ici. Nous savons qu'il a pour se les assurer des armes suffisantes dans ses droits sur le patrimoine. La coutume de Bergerac de 1327 va même jusqu'à lui donner le même droit de correction sur ses enfants émancipés que sur les autres: « *Si quis percusserit uxorem suam, aut liberos, aut filium* emancipatum, *aut filiam uxoratam sive* emancipatam... *eo quia ex bono zelo, causa correctionis, videtur facere..., nec prænominatis aliqua actio competit... nisi forte sit ita atrox injuria quod mors aut membrorum mutilatio subsequatur*[2] ». On paraît être

[1] De Ribbe, *Familles*, I, p. 245, 246

[2] *Bragerac*, 82.

moins rigoureux en pays de coutume, bien que les devoirs que l'émancipation laisse subsister soient loin d'être méconnus. Les textes sont unanimes, notamment, a imposer aux enfants, quelle que soit leur condition, l'obligation de subvenir, en proportion de leurs ressources, aux besoins de leurs parents[1].

II

Veuvage. Tutelle, garde, bail.

Jusqu'à l'époque, relativement récente, où la majorité émancipatrice s'introduit dans notre droit coutumier, l'autorité paternelle est perpétuelle en principe, puisque le consentement, au moins tacite, du père est, en principe, nécessaire pour qu'elle se produise. En fait, elle est le plus souvent temporaire, car elle prend fin par des évènements ordinaires tels que l'établissement séparé et le mariage, et de plusieurs autres façons, sans parler des déchéances. Dans le droit écrit, elle est et demeure toujours perpétuelle en principe ; en fait, elle l'est ordinairement. Tels sont les divers points que nous venons d'établir. Qu'arrive-t-il d'elle à la mort du père et à la mort de la mère, lorsqu'elle n'a pas encore pris fin ?

C'est une question dont la réponse nous sera fournie aisément, pour les pays de droit écrit, par le droit romain.

Si c'est la mère qui est morte, la *patria potestas* demeure intacte. Les enfants héritent de leur mère ; mais le père jouit, sa vie durant, de cet héritage. Certaines coutumes méridionales, il est vrai, n'admettent pas ces règles, comme nous le verrons tout à l'heure. Mais, par contre, quelques coutumes septentrionales conservent au père sa puissance après le décès de la mère, quel que soit l'âge des enfants, jusqu'à ce qu'il les ait émancipés, mariés ou établis en quelque état honorable.

Si c'est le père qui est décédé, la *patria potèstas* est éteinte. Elle ne passe pas à la mère, bien que celle-ci garde une cer-

[1] Exemples : *Conseil*, ci-dessus, p. 464 ; — *Jostice et Plet*, I, 9, 5.

taine autorité sur ses enfants et soit souvent leur tutrice. Je dis souvent, et non toujours. Elle peut, en effet, refuser cette charge. Elle peut aussi s'en trouver exclue par un tuteur testamentaire. Très fréquemment, sans doute, c'est elle-même que le testament désigne. Tel père ordonne « qu'elle soit dame, maîtresse, administratrice de tout son bien, ainsi qu'elle estoit de son vivant ; que ses enfans la respectent comme s'il estoit encore en vie ». Tel autre l'institue héritière, à charge de restituer plus tard l'héritage à ses deux fils, s'ils « s'en rendent capables et bien mérités ; et là où l'un d'eulx ne le feroit, pourra sa dicte femme nommer et eslire ès la part du contrevenant, l'autre obéissant ». D'autres lui lèguent sans réserves ni restrictions leurs biens et leur *patria potestas*. Ainsi fait en 1541 ce paysan provençal, Antoine Raubin, dont M. de Ribe cite le testament, après plusieurs autres du même genre : « Laysso ma molher Margarido donna et maistressa de la personna de nos enfans et de nos bens tant qu'ela vioura, sans faire inventari. Vol que quand nos enfans saran grans et que non continuguesson istar eme ela, siegue dama et maistressa »[1].

Le père mourant ne la désigne pourtant pas toujours de la sorte. Le tuteur qu'il choisit est toujours préféré. Sa volonté est si scrupuleusement observée en ce point, qu'il suffit, en certaines régions, d'une conjecture pour qu'elle s'impose : s'il n'a chargé personne de la tutelle, et qu'il ait nommé des exécuteurs testamentaires, on les déclare tuteurs[2].

La tutelle testamentaire n'est pas inconnue dans les régions du Nord et s'y rencontre même de bonne heure. Nous avons vu Phillippe Auguste l'inscrire, pour la ville de Bourges, au nombre des privilèges de bourgeoisie[3]. En Bretagne, peu de temps auparavant, l'Assise au comte Geffroy donne à l'héritier d'une baronnie ou d'un fief de chevalier le droit de désigner, avec le consentement du seigneur et pourvu qu'il n'ait point de frère, celui de ses proches qui en aura le bail pendant la

[1] De Ribbe, *Familles*, II, p. 135, 137.
[2] *Montpellier de 1205*, art. 7, ap. Giraud, I, p. 76. — Beugnot, 2e *cout. d'Alais*, 19, p. 108.
[3] Cf. ci-dessus, p. 470.

minorité de ses enfants[1]. Après le changement du bail en rachat, qui eut lieu pour la plupart des baronnies de cette province en 1275, le consentement du seigneur cessa d'être nécessaire et le choix du père fut entièrement libre. Ce cas spécial de tutelle, que l'on ne saurait même appeler proprement testamentaire, n'est pas d'origine romaine. Comme la règle d'indivisibilité qu'il accompagne, il est né de la féodalité. On le retrouve en Poitou au XIIe siècle, à côté de la tutelle testamentaire romaine pour les roturiers[2]. Tous les textes que je viens de citer supposent que le tuteur ou baillistre ainsi nommé par le père est préférable à tout autre. C'est un principe qui ne paraît pas encore très fermement établi en Bourgogne à une époque assez tardive. Ainsi, un acte de 1349 nous montre un suzerain refusant de recevoir l'hommage du tuteur donné par un père à sa fille; et ce refus n'est pas fondé sur un droit dè bail seigneurial, mais bien sur un droit de tutelle légitime. « Il ne devoit mie estre tutour, mas apartenoit la tutelle de ladite fille audit Jehan, comme li plux prochain dou lignaige doudit monsieur Eude d'Estaules ». Par contre, en 1378, un autre acte nous montre un pareil tuteur préféré à la mère[3]. Au XIVe siècle, Claude Liger en Anjou, Jean Masuer en Auvergne, empruntent au droit romain la tutelle testamentaire[4]. Elle n'est cependant pas mentionnée dans la dernière rédaction de la coutume d'Anjou, et celle de Poitou la passe sous silence. Parmi les autres, certaines ne l'admirent jamais[5]; quelques-unes la reçurent complètement[6]; la plupart la soumirent à la prestation de serment et à la confirmation du juge[7]. Cette règle avait été d'abord reçue en Bretagne; mais dans la suite,

[1] *Assise au comte Geffroy*, 3. M. PLANIOL (dans *Nouv. rev. hist. de droit*, t. XI, p. 142 à 146), a établi l'origine anglo-normande de cette assise. Elle date de 1185.

[2] *Droiz et commandemens*, 420, 783 ; et 896, 921.

[3] Actes cités par SIMONNET, p. 540 et 161.

[4] MASUER, V, 3, 4 ; — BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Liger*, 785.

[5] Par exemple la coutume d'Orléans. Cf. POTHIER, *Coutume d'Orléans*, tit. IX, introd., n° 10 ; et VIOLLET, *Droit privé*, p. 542.

[6] *Bourbonnois*, p. 177, 178 ; — *Nivernois*, 30, 1 ; — *Auvergne*, 11, 1 ; — *St-Mihiel*, I, 25.

[7] Exemples : *Reims*, 329 ; — *Auxerre*, 258 ; — *Bassigny*, 76 ; — *Lorraine*, IV, 9.

« l'usage l'avait abrogée, dit Poullain-Duparc, peut-être à cause de l'abus des suggestions, si communes dans les testamens ». Un « édit du roi portant règlement pour les tutelles en Bretagne » l'y rétablit en 1732, mais en la soumettant, comme presque partout, à la confirmation judiciaire. Celle-ci doit toujours être accordée, sauf opposition motivée d'un conseil de douze parents[1].

Lorsque le père n'avait pas exprimé de volonté contraire, la mère était admise, en droit écrit, conformément à la novelle CXVIII, à la tutelle de ses enfants, sauf refus de sa part. Cette tutelle romaine a pris, en France, une extension considérable. Elle a été reçue dans un grand nombre de coutumes qui l'ont étendue au père survivant. De bonne heure, en effet, la mort de la mère eut, pour l'autorité paternelle, les mêmes conséquences en droit coutumier, que la mort du père. Les règles posées pour l'un et l'autre cas furent pareilles. Il nous faut maintenant les faire connaître brièvement, rechercher leur origine et voir comment le *mundium* germanique, si semblable par ses caractères primitifs à la *patria potestas*, en est devenu si dissemblable en ce point.

Les enfants peuvent, d'après nos coutumes, se trouver, après la mort de leur père ou de leur mère, dans l'une ou l'autre de deux situations, différentes surtout au point de vue des biens: ils peuvent être sous la tutelle du survivant ou former avec lui une communauté taisible.

Cette communanté n'entra pas dans les usages de la noblesse. Nous verrons, en effet, qu'il y avait lieu, pour les biens nobles, à une tutelle appelée bail ou garde noble et qui fut d'abord exercée par le seigneur, plus tard par l'héritier présomptif de l'enfant, plus tard enfin par le survivant de ses père et mère. Cette tutelle faisait acquérir à celui qui l'exerçait les meubles du mineur et les revenus de ses terres. Le mineur se trouvait donc sans meubles ni revenus. Or, c'est précisément la confusion des meubles et revenus du mineur, avec les meubles et revenus de la personne chargée de lui, qui donne naissance,

[1] *T. A. C. B.*, 69, 70; — *Bretagne*, *A* : 474, 476, 477; *N* : 501, 503, 507; — POULLAIN-DUPARC, *Principes*, t. I, p. 224, n° 24; — Edit des tutelles, art. 3, 13 et 14.

entre roturiers, à la communauté taisible, au lieu et place de la tutelle[1]. Aussi Beaumanoir déclare-t-il qu'il ne peut se former de compagnie lorsqu'il y a bail. C'est une des différences signalées par lui entre le bail et une autre sorte de tutelle qu'il nomme garde. « Le seconde différence, dit-il, qui est entre bail et garde, si est tele que se mi enfant sous aagié sont avecques moi, et il ont aucune chose de par leur mère qui est morte, il perdent ou gaaignent avec moi dusques à tant que partie leur est fete souffisemment et que il sont ostés de mainburnie ; et chil qui sont tenu en bail ne puent demander fors que leurs fiefs quites et délivres quant ils sont aagié, ains emporte chil qui le bail tient tous les esploits des fiefs et tous les muebles[2]. » Il est vrai qu'il accorde aux parents nobles la faculté de renoncer au bail et de prendre la simple garde, même pour les fiefs[3] ; mais c'est une faveur pour eux. Elle leur permet de ne pas courir les risques du bail, qui peut être très avantageux par ses gains, mais qui peut aussi être très onéreux, s'il y a, dans la succession recueillie par l'enfant, peu de meubles et beaucoup de charges et de dettes, ou s'il reste peu de temps à courir avant le jour où l'enfant, devenu majeur, prendra la jouissance de ses immeubles. Cette faveur faite aux parents se justifiait parce qu'ils n'étaient pas, comme les autres baillistres, les héritiers présomptifs de l'enfant ; mais elle constituait une exception à la coutume féodale[4], et ne pouvait, par conséquent, faire entrer la communauté taisible dans cette coutume. Aussi, Beaumanoir a-t-il soin de dire que si les parents nobles ont la simple garde de leurs enfants, la formation d'une

[1] Beaumanoir, XXI, p. 114, al. 2; 3 : « Se je ai mes enfans qui n'ont point mère et manans avecques moi, et je ne prens rien de le partie de par le mère ne ne melle avec le mien, compaignie ne se fet point, et ainssint d'autres personnes qui sont avec moi, se il ni apportent muebles ou issues de heritages lesquiex je melle avec le mien ».

[2] Beaumanoir, ch. XV, p. 87, vers la fin.

[3] Beaumanoir, ch. XV, p. 87 : « Quant père et mère ont enfans, et li père meurt ou la mère..., et il y a fief de par le mort ; chil qui demeure... a la garde de ses enfans et du fief .. », p. 91 : « Il est voirs que li père et la mère qui metent leurs enfans hors de leur bail ne perdent pas pour che la garde... ».

[4] Beaumanoir, ch. XV, p. 87 : « Il ne doit estre de fief nule garde, fors que en un cas que vous oirez ci-après ».

semblable communauté, même quant aux vilenages, n'en demeurera pas moins impossible[1].

C'est donc seulement entre roturiers qu'elle se forme. Elle continue la communauté qui existait du vivant du père et de la mère. Les enfants comptent pour une tête; le survivant pour une tête ; les autres membres de la communauté, s'il y en a, conservent les droits qu'ils possédaient antérieurement. Le père reste évidemment dépositaire de l'autorité qu'il exerçait jusqu'alors. Si c'est la mère qui a survécu, elle n'est pas exclue, comme jadis, par le parent mâle le plus proche. Elle a cessé d'être en tutelle ; sa capacité est entière : rien ne s'oppose plus à ce qu'elle exerce l'autorité. Tout la désigne au contraire pour en être désormais chargée. Elle compte dans la communauté pour une part notable. Associée au gouvernement de son mari, elle est naturellement appelée à le remplacer mort, comme elle le secondait et le remplaçait vivant. Mieux que tout autre, elle est en mesure de le faire. La mort du père et celle de la mère ont donc l'une et l'autre le même effet. A l'origine, elles n'affectent pas l'existence de la communauté familiale. L'autorité passe au survivant; les biens du défunt, aux héritiers: la communauté subsiste entre tous ceux qui en étaient membres. Cet ancien état de choses a laissé des traces dans quelques coutumes qui prévoient la continuation de la communauté entre le survivant des époux et d'autres héritiers du défunt que ses enfants[2]. Avec le temps, ces larges communautés d'autrefois devinrent rares, et ce fut l'ordinaire que la communauté ne comprit plus, au décès de l'un des époux, que le survivant et les enfants, majeurs ou mineurs. Certaines coutumes ne prévoient la continuation de la communauté que pour ce cas[3]. D'autres, enfin, ne l'admettent que s'il y a des enfants mineurs : disposition répondant à un état social plus récent encore, et dans lequel les enfants sortent ordinairement de la communauté familiale à leur majorité. « Cette troisième catégorie de cou-

[1] Beaumanoir, XXI, p. 112, al. 2 et 3.
[2] *Orléans*, 216; — *Montargis*, IX, 3; — *Berry*, VIII, 19; — *Châteauneuf en Thimerais*, 70; — *Metz*, VI, 9; — *Bourbonnois*, 270.
[3] *Cambrai*, VII, 11; *Poitou*, 234.

tumes est représentée par la coutume de Paris, laquelle peu à peu s'est imposée à presque toute la France coutumière et est devenue à peu près le droit commun[1] ». Dans les pays même de droit écrit, la règle qu'elle pose fut appliquée au cas de communauté conventionnelle. « Suivant la dernière jurisprudence établie et confirmée par plusieurs arrêts, dit Lamoignon, la continuation de communauté a été reçue universellement dans toutes les coutumes encore qu'elles ne l'ordonnassent point... et le même a été jugée pour des sociétés stipulées par des contrats de mariage faits en païs de droit écrit, où les communautés de biens sont inconnues, et dans les coutumes où il n'y a point de communautés de biens entre le mari et la femme ». Tel était le droit. « Pour l'ordinaire, ajoute Lamoignon, après la dissolution du mariage, les enfants rendent ce respect au survivant des père et mère de le laisser jouir des biens du prédécédé sans en faire inventaire[2] ».

Des changements d'un autre ordre furent apportés aussi, dans la suite des temps, au régime primitif des communautés continuées. On exigea, pour qu'il y eût continuation, que l'indivision entre le survivant et les héritiers du défunt se maintînt au-delà de l'an et jour, à compter du décès. Le délai accordé au veuf et à la veuve pour opter entre cette continuation et le partage se trouva prolongé d'autant. Puis, la continuation devint facultative pour les héritiers et le demeura même après l'an et jour. Enfin, le point de départ de ce délai fut reculé, pour les mineurs, jusqu'à la majorité[3]. La continuation de communauté, conséquence toute naturelle jadis du décès de l'un des époux, se présente ainsi dans le dernier état du droit comme un moyen, j'allais dire comme un artifice juridique, destiné à sauvegarder les intérêts des mineurs.

La communauté continuée ne se dissolvait pas lorsque le père ou la mère qui en était demeuré le chef contractait de

[1] Viollet, *Droit privé*, p. 787, 788.
[2] *Arrestez de M. le P. P. de L.*, p. 414, 415, 418.
[3] *Champagne et Brie*, 21 ; — Ableiges, II, 40 ; — Beautemps-Beaupré, *Anjou de 1411*, art. 345 ; *Liger*, 620, 625 ; — *Reims de 1481*, cité par Salis, p. 145, n. 2 ; — *Bourbonnois*, *A.* VII, 8 ; — *Orléans*, 216.

secondes noces. On admit sans difficulté à toute époque que le nouvel époux, et, s'il survenait un nouveau décès, les enfants issus de lui, entraient dans la communauté pour leur part. Il se formait alors une communauté à trois têtes, quatre têtes, ou davantage, gouvernée toujours par le survivant des époux[1]. Les pouvoirs de celui-ci étaient, dans tous les cas, les mêmes que ceux du mari dans la communauté conjugale. « Il est certain, dit Lamoignon, que par la raison de l'article 225 de la coutume, le survivant des père et mère est maître de la continuation de communauté et peut disposer librement, ainsi que bon lui semble, des fonds et des fruits et revenus d'icelle sans que les enfants soient recevables à s'en plaindre[2] ». Or, l'article 225 de la coutume de Paris est précisément celui qui déclare « le mari seigneur des meubles et conquêts immeubles de la communauté conjugale ».

J'ai dit que ce rôle de chef de communauté n'est pas obligatoire pour le père ou pour la mère. Il peut, s'il le préfère, prendre la tutelle, bail ou garde de son enfant. C'est même, à l'origine et encore dans plusieurs coutumes modernes, le seul parti qui s'offre à lui lorsqu'il est noble, s'il tient à ne pas laisser à d'autres le soin de veiller sur la fortune de ses enfants.

Tel n'était pas le droit primitif. Selon le droit germanique, est-il besoin de le rappeler une fois de plus, le père devenu veuf reste le chef de sa maison. Les enfants, fortement encadrés dans la famille une et solidaire, ont des biens, mais demeurent, comme par le passé, soumis au *mundium* paternel. La mère survivante, au contraire, n'est rien. Bien loin d'avoir la tutelle de ses enfants, elle dépend généralement comme eux d'un tuteur. Ce tuteur est ordinairement l'héritier présomptif des biens qu'il administre. C'est un droit qu'il exerce ainsi, dans un intérêt personnel et souvent contraire à l'intérêt de la femme ou des enfants. La famille, les pouvoirs publics, tels sont les protecteurs de ceux-ci. De ces deux faits sont sortis deux prin-

[1] BEAUMANOIR, 21, 8; — ABLEIGES, II, 40; — *Somme rural*, 76; — BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Anjou de 1411*, 345, 349; — *Liger*, 617, 625, 626; — *Paris*, 242; — *Sedan*, 83, 84; — *Châlons*, 59, 61, etc. Quelques coutumes défendent au père et à la mère de se remarier avant d'avoir partagé la communauté (*Bergh.-S.-Winox*, 23; — *Marsal*, 46).

[2] *Arrestez de M. le P. P. de L.*, p. 446, 447.

cipes qui jouent un grand rôle dans l'histoire de la tutelle. Le premier, en pleine vigueur au moyen-âge, et dont les traces ne se sont pas complètement effacées depuis, séparait la garde des biens de celle de la personne, lorsqu'elles n'appartenaient pas l'une et l'autre, par droit, au père ou à la mère. Le second, « toutes tutelles sont datives », soumettait, nous l'avons vu, tous les tuteurs, même les testamentaires, à la confirmation du juge et du conseil de famille. Il se répandit de plus en plus, même dans les régions méridionales, jusqu'à la fin de l'ancien régime[1].

Ce fut à une époque secondaire que l'autorité du père veuf commença à se transformer en tutelle. Cette transformation a des origines diverses. Nous l'avons vue dériver, chez les Wisigoths, d'une exagération des précautions romaines contre les pères et mères remariés. En droit coutumier, elle vient de sources différentes selon que l'on considère les nobles ou les roturiers.

Elle se rattache, pour les nobles, aux origines même des fiefs. Le père noble n'est que baillistre de son enfant, parce que le bail n'est point issu de l'autorité paternelle, mais de l'autorité seigneuriale. Les droits des enfants du vassal sur le fief paternel furent d'abord tout à fait précaires. Ces enfants étaient-ils mineurs, il y avait lieu à la commise pour défaute d'homme : le seigneur reprenait pleinement et définitivement la propriété du fief. Plus tard, la commise fit place à une saisie temporaire. Le seigneur prit la jouissance et le gouvernement du fief jusqu'à la majorité des enfants : ce fut le bail seigneurial. C'est ce droit du seigneur qui passa d'abord aux ascendants par une concession bénevole, et leur fut à la longue attribué par une règle coutumière. En Bretagne, cependant, c'est par une sorte de traité que le bail des ascendants acheva de s'établir. En 1275, la plupart des barons bretons obtinrent du duc Jean des lettres qui donnèrent au père le droit de choisir à son gré le gardien des biens et de la personne de ses enfants, laissant seulement au seigneur, à titre de *rachat* de ses anciennes prérogatives,

[1] Il était appliqué notamment dans tout les pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris (Argou, t. I, p. 38; — Cf. Glasson, *France*, t. VII, p. 209, 210; — Viollet, *Droit privé*, p. 539, 543, 544).

le droit de réclamer une année des revenus du fief. C'était, pour l'autorité paternelle, une précieuse et bien remarquable conquête. Moins complète, pourtant, que celle qui s'opéra par le lent effort de la coutume, elle laissait à la charge du père ou de la mère le droit de rachat qu'ils ne payaient ordinairement pas ailleurs[1].

Les parents se trouvant ainsi simplement substitués au seigneur, leurs droits expirent à la majorité des enfants. Il n'est même pas nécessaire que cette majorité soit venue pour tous. Dès qu'un seul d'entre eux est majeur, il a le droit de prendre le bail des autres et de faire hommage au seigneur pour son propre compte[2]. Le voilà maître de ses biens, chargé du service de fief. Il peut rester sous l'autorité paternelle, pourvu que ce soit sans fraude, mais il peut tout aussi bien s'en retirer. Il est vrai que les biens roturiers possédés par l'enfant noble ne sont pas soumis aux mêmes règles : « En vilenages n'a point de bail » dit Beaumanoir[3]; mais comment aurait-il pu résulter de ce fait secondaire un prolongement de l'autorité paternelle contraire aux traditions de la féodalité? Il en fut ce qu'il en pouvait être : les vilenages donnèrent lieu à une garde particulière, et l'autorité du père ne s'en transforma pas moins en tutelle lorsque la mère venait à mourir.

En roture, d'ailleurs, la même transformation se produit. Elle se rattache, ici, à l'introduction, dans la coutume, de la communauté conjugale et des « compaignies » qui la continuent. A la mort de la mère, nous l'avons vu, l'enfant devient l'associé de son père : il a des droits dans la communauté. C'est une porte ouverte à la séparation de patrimoine qui l'ôtera de mainburnie. Il en est ainsi dès l'abord, lorsque la continuation de la communauté, même si lès enfants sont majeurs, et, à plus forte raison, s'ils sont mineurs, est encore le fait

[1] *Jostice et Plet*, XII, 6, § 12, 13; — Beaumanoir, p. 87, al. 6; — Ableiges, II, 29; — Cf. d'Arbois de Jubainville, *Minorité*, p. 415 et s.; 429, 430, 434, 435.

[2] Beaumanoir, ch. XV, p. 86, al. 2; — *Champaigne et Brie*, 5; — *Ancienne cout. de Bourgogne*, dans Simonnet, p. 539; — Beautemps-Beaupré, *Anjou de 1437*, art. 773.

[3] Beaumanoir, p. 87, al. 2.

ordinaire. La communauté se dissout-elle par un partage ? voilà la séparation produite. Que se passera-t-il, si le père ou la mère ne fait pas renaître la compagnie en mêlant aux siens les biens des enfants demeurés sous son toit ? Les majeurs sont hors de mainburnie et peuvent se suffire; mais les mineurs ont besoin de protection : sous l'influence des lois romaines, c'est à la tutelle que l'on a recours pour la leur assurer. Cette tutelle, que l'on appelle quelquefois garde, se distingue des tutelles d'origine germanique, appelées habituellement garde et bail, en ce qu'elle n'est point organisée au profit du tuteur, mais au profit du mineur. Elle ne procure aucun gain au tuteur et ne lui impose, à moins de faute de sa part, aucune charge dont il puisse être tenu sur ses biens personnels. C'est cette tutelle que Beaumanoir donne aux parents roturiers lorsqu'ils ne font pas compagnie avec leurs enfants, et aux parents nobles pour les vilenages[1]. De nombreuses coutumes, par la suite, n'en ont pas admis d'autre[2], même pour le père, bien que certaines le qualifient « légitime administrateur », par révérence sans doute, et pour manifester qu'il tient sa tutelle directement de la loi, en vertu de son titre de père. La tutelle fructuaire, à l'instar de celle des nobles, s'introduisit plus tardivement. Elle est accordée comme un privilège aux bourgeois de Paris, en 1309, par Charles V. C'est la garde bourgeoise. Quelques coutumes seulement l'admettent[3]. Mais ailleurs, le bail des nobles s'atténue, le baillistre cesse de gagner les meubles du mineur, et l'on voit se former, sous le nom de garde noble, une institution dont la garde bourgeoise ne diffère plus que par son caractère roturier[4].

[1] Beaumanoir, ch. XV, p. 87, al. 2 : « Quant vilenages vient à enfans soubz aagiés... li plus prochains dou lignage as enfans puet, se il vieut, avoir la garde des enfans et esploitier les vilenages... »; p. 112, al. 3 : « Nus ne par raison de garde ne de bail ne peut fere siens les fruits des vilenages qui sont as enfans que il tient; et che entendons-nous entre les gentils houmes, car entre les gens de poote, *quant compaignie se fet entre aus*, pueent bien les oissues de vilenages *venir en compaignie tant come la compaignie dure* ».

[2] *Masuer*, 5, 1; — *Bourbonnois*, 174; — *Montargis*, VII, 3; — *T. A. C. B.*, 68, 77; — *Bretagne*, *A.* 473, 480; *N.* 500, 506.

[3] Ord. du 9 août 1309. — *Cout. notoires*, 157; — *Paris*, *A.* 101; *N.* 266; — *Calais*, 138; — *Etampes*, 89; — Cf. *Berry*, I, 22, 24; — *St-Mihiel*, I, 22; — *Bourbonnois*, 174.

[4] Voyez Garran de Coulon dans Guyot, v° *Garde*, p. 51, col. 1; — Viollet,

Quoi qu'il en soit, l'autorité du père est si bien changée en tutelle, que certains de nos jurisconsultes ont attribué à la mère le droit de léguer tous ses biens à son fils en retirant au père tout droit de garde sur ces mêmes biens. « Soefve, écrit Garran de Coulon, rapporte un arrêt qui a autorisé un pareil testament sans avoir égard aux réclamations du mari, qui, à la vérité, était séparé de corps et de biens d'avec sa femme[1] ». L'intérêt du mineur a introduit de la sorte, dans nos coutumes, bien d'autres règles tout aussi opposées à l'idée de puissance paternelle qu'elles s'accordent avec l'idée d'une simple tutelle, voire même avec celle d'un simple droit de jouissance étranger à toute notion de tutelle ou d'autorité. C'est là du reste le propre fond du droit de garde. Il est né de la saisie pour défaute d'homme, la saisie venait elle-même de la commise, et la commise ne dérivait pas d'un droit de puissance, mais d'un droit de propriété. Aussi la tutelle, la garde et le soin de la personne du mineur peuvent-ils se trouver séparés. La personne du mineur est confiée, en principe, au survivant de ses père et mère, qui peut, tout en acceptant cette charge, renoncer à la garde et prendre la tutelle ou faire nommer un tuteur pour l'administration des biens. La mère survivante peut aussi se trouver écartée par un tuteur testamentaire sans perdre pour cela l'émolument attaché à son droit de garde[2]. Les débris de l'auto-

Droit privé, p. 537. Il est bon de remarquer que l'on ne doit parler qu'avec la plus grande réserve du nom donné jadis aux institutions que l'on désigne aujourd'hui sous ceux de bail, garde noble, garde bourgeoise, tutelle. Il suffit de feuilleter le Coutumier général pour se rendre compte que chacun de ces mots s'y trouve tour à tour employé pour désigner la même chose. Rien n'égale la confusion qui règne en cette matière dans la terminologie des coutumes. C'est une Babel juridique.

[1] GARRAN DE COULON, dans GUYOT, v° *Garde*, p. 61, col. 1.

[2] Voyez POTHIER, *Garde*, sect. III, pr. ; — GARRAN DE COULON, dans GUYOT, v° *Garde*, p. 60, col. 2 ; — Exemples : *Paris*, 270 ; — *Amiens*, 125, 133 ; — *Bruges*, 30, 10 ; — *Bergh-S.-Winox*, XII, 18 et 19, etc... Voyez aussi, dans SIMONNET (p. 169), un acte intéressant, par lequel une mère, en 1398, passe avec sa fille mineure assistée d'un parent paternel, une sorte de contrat d'apprentissage. La fille se place chez sa mère pour « apprendre la science de couture de draps, linge, et pour la servir licitement » ; la mère s'engage, en retour, à entretenir sa fille pendant six ans, et à lui payer, à la fin de l'apprentissage, une somme de six livres, dont cinq pour ses droits dans les biens paternels (Autres actes du même genre et de la même époque : *ibid.*, p. 170, 171 ;— Cpr. *Somme rural*, I, 100, ci-dessus, p. 499).

rité paternelle peuvent être dispersés en plusieurs mains. Le survivant veut-il les réunir dans la sienne ? Il n'en est pas de plein droit le maître. Il faut, presque partout, qu'il « accepte la garde en jugement », c'est-à-dire qu'il en soit investi par le juge. Il n'en va pas autrement pour la tutelle. « Elle lui doit être déférée par le juge sur un avis de parens ; mais les parents n'en peuvent pas nommer un autre, à moins qu'il n'y eust à redire à sa conduite et à ses mœurs, ou qu'il n'y eust quelque autre cause qui dust obliger le juge de lui refuser la tutelle de ses enfants[1] ». Jadis même, il était obligé de ne donner ses enfants en mariage qu'avec le consentement de leurs « plus procbains amis ». Ceux-ci, dit Beaumanoir, s'ils « se doutent que il ne les fasse marier sans lor conseil, il pueent requerre à le justice... que il fasse bonne seurté, que il ne mariera nus des enfants sans lor conseil .. et se il ne vieut fere la seurté, l'en li doit oster les enfants et bailler à un des autres parents qui le seurté voura fere[2] ». Rien ne rend plus sensible la transformation que subit l'autorité paternelle à la mort de l'un ou l'autre des père et mère. Il ne s'agit pas seulement ici des droits que cette autorité engendre sur les biens des enfants, mais de ceux qu'elle confère sur leur personne. Ces droits là sont, plus que les autres, de son essence. Les voilà, cependant, comme les autres, mesurés et limités à l'instar de ceux d'un tuteur, et la mère survivante est appelée à les exercer sans plus de restrictions que le père.

On voit que toute différence essentielle entre le veuf et la veuve, à ce point de vue, disparut de très bonne heure. Dès lors que le père est simple tuteur et que la mère est capable d'être tutrice, pourquoi ne donnerait-on pas à celle-ci le même pouvoir qu'à celui-là ? On lui donna d'autant plus aisément la tutelle en roture qu'elle succédait au père lorsqu'il y avait continuation de communauté. La mère noble ne pouvait rester

[1] *Arrestez de M. le PP. de L.*, p. 73; — Exemples : *Paris*, 269; — *Etampes*, 90; *Bar*, 67; — *Reims*, 334; etc...

[2] BEAUMANOIR, ch. XXI, p. 112, al. 5; — Adde : Ord. de 1246, art. 2 (Dans LAURIÈRE, SECOUSSE et PARDESSUS, t. I, p. 59); — VIOLLET, *Établissements*, I, p. 67.

longtemps privée d'une prérogative ainsi accordée à la roturière. On lui donna donc le bail des fiefs, mais seulement d'abord à condition qu'elle se remariât[1]. Cette condition, dictée par les nécessités du service de fief, inspirée aussi, sans doute, par l'antique notion de l'incapacité perpétuelle des femmes, disparut dans la suite et fit même place à une condition toute contraire[2]. La mère demeura presque complètement assimilée au père.

La coutume de Liège exprimera plus tard cette assimilation d'une manière bien caractéristique et la poussera jusqu'à donner à la mère la *patria potestas* perpétuelle qu'elle empruntera au droit romain : « Les enfans de mariage légitime sont en la puissance de leur père, et advenant la mort d'iceluy, tombent *en la puissance* et mainburnie de leur mère; et si elle se remarie, en celle de leur parastre... la puissance du parastre cesse par la mort de sa femme[3] ». Partout, dès le moyen-âge, on parle d'enfants en la « garde, avouerie, celle, bail, gouvernement, subgession... » de leur père ou de leur mère, sans distinction. C'est là qu'il faut chercher l'origine juridique de la puissance parentale. Déjà en germe dans quelques dispositions des lois romaines et barbares, déjà établie par la loi religieuse et entrée dans les mœurs, elle pénètre dans le droit à l'époque où l'autorité du père survivant n'est plus qu'une tutelle accessible à la mère survivante, et où la communauté conjugale fait de la femme l'associée de son mari, de la mère le successeur du père dans le gouvernement de la société domestique.

Transformée en tutelle par le décès de l'un des époux, l'autorité de l'autre disparaît, en principe, comme celle du tuteur, à l'époque de la majorité. Nous avons vu cependant, qu'elle peut parfois se prolonger au delà, s'il plaît aux enfants, et parfois prendre fin en deçà pour les puînés des familles nobles. Cette extinction anticipée put sans doute, à la longue, se produire aussi pour les roturiers, aux enfants desquels on paraît

[1] *Assises de Jérusalem* (La Thaumassière), 177.
[2] Cf. ci-après, § III.
[3] *Liège*, I, 7.

anciennement avoir reconnu le droit de choisir leur tuteur en arrivant à l'âge de discrétion. Ce droit, qui n'est peut-être qu'un souvenir de la précocité des majorités primitives, dut être accordé d'abord à l'enfant sans père ni mère et ne s'étendit probablement pas partout à l'enfant placé sous la tutelle paternelle. Nous avons rencontré un texte allemand qui le donne à l'enfant placé sous la garde de son père veuf ; mais il s'agit d'un enfant capable de faire le commerce, majeur par conséquent[1]. Une sentence de l'échiquier de Normandie, en 1233, nous a montré qu'une fille placée sous la tutelle de sa mère, pouvait, à l'âge de sept ans, avoir la liberté d'aller où elle voudrait : mais le texte ne dit pas qu'elle continuera d'être en tutelle. Il indique, au contraire, qu'elle deviendra maîtresse de ses meubles en même temps que de sa personne. Ici encore, il s'agit d'une majorité, et non d'une *optio tutoris*[2]. Une trace plus visible de ce droit d'option subsiste dans les Établissements de Saint-Louis : mais une exception y est faite justement en faveur de la garde des père et mère[3].

Comme la majorité, le mariage de l'enfant mettait fin à la tutelle paternelle ou maternelle. Le bail du fils noble se prolongeait cependant toujours au delà du mariage, et même, à l'origine, au delà de la majorité, jusqu'à ce que le jeune homme fût fait chevalier. Celui des filles, auquel nul âge ne mettait fin à l'origine, finit au contraire toujours par le mariage : « Mariage tost-il bail ? Nesnil en home, et en feme, oïl », lisons-nous dans le livre de Jostice et Plet[4]. — Nous allons voir que le même effet résulte généralement des secondes noces du père ou de la mère.

[1] Texte cité par Kraut, t. II. p. 670 : « *Filius libere potest extra domum sui patris ire in mercimoniis...* ».

[2] Marnier, *Normandie*, p. 161 : « *Mater habeat custodia filie sue... quousque habeat septem annos... et* interim *mobilia ejusdem filie in salva custodia ponantur* ».

[3] Viollet, *Etablissements*, I, 141.

[4] *Jostice et Plet*, X, 23, 3 ; — d'Arbois de Jubainville, *Minorité*, p. 539, 540, 544 et s. ; 549 ; — *Grand coutumier normand*, 33 ; — Beaumanoir (ch. XV, p. 91) fait durer le bail même après le mariage de la fille ; mais si les parents ont pris la garde, dit-il, le mariage de la fille y met fin.

III

Déchéances. — Secondes noces des parents.

La déchéance de l'autorité paternelle, soit totale, soit partielle, ne suppose pas toujours une faute en celui qui est déchu. Elle est parfois la conséquence des abus qu'il a commis, de son indignité reconnue ; parfois aussi, elle n'est que le résultat juridique d'un fait involontaire, comme la démence, ou d'un acte légitime, honorable même. Ainsi l'entrée en religion entraîne dans notre ancien droit, à partir du XII[e] siècle surtout, une mort civile incompatible avec la conservation d'une autorité familiale quelconque. Parfois, enfin, la déchéance n'est qu'une mesure préventive : c'est le cas pour toutes celles qui résultent des secondes noces.

Elles sont nombreuses et diverses. Elles atteignent les parents dans leur pouvoir sur les personnes ou dans leur pouvoir sur les biens. J'en ai signalé quelques-unes à propos du droit de correction. Leur origine, toute romaine, nous est connue. Il en est une, cependant, que les pays de coutume, ni ceux de droit écrit ne reçurent jamais, bien qu'elle fût prononcée par les lois de Rome. La mère remariée garda le droit de révoquer, selon les règles ordinaires, les donations faites par elle à ses enfants. « Quoyque les secondes noces soient odieuses, dit Claude de Ferrière, elles ne rompent pas pour cela les liens de la nature et ne délivrent pas les enfants des devoirs auxquels ils sont obligés envers leur mère[1] ».

La déchéance de la tutelle, qui s'opère de plein droit en cas de secondes noces de la mère d'après la Novelle XCIV de Justinien, pénétra dans notre ancien droit avec la tutelle romaine elle-même. La tradition coutumière, pourtant, ne lui était pas

[1] FERRIÈRE, I, p. 171.

favorable. Elle rendait, à l'origine, le mariage obligatoire pour la mère, lorsque celle-ci voulait avoir le bail. En 1246, en Anjou, l'exercice de ce bail passe au second mari, moyennant le paiement du rachat au seigneur de fief ; cette règle, conséquence toute naturelle du mariage, manifeste la persistance des droits maternels. Il est vrai qu'à la même époque, dans le Maine, la mère perd la garde noble de la terre échue à son enfant dans la succession paternelle[1]. Mais c'est un usage encore tout local. Beaumanoir ne prévoit la cessation de la garde, à la suite des secondes noces, que dans des cas déterminés : « S'il est clere chose et aperte que li parastre ou le marastre mainent mauvaise vie as enfants, ou que il leur montre semblant de haine, en cel cas, li enfans si doivent estre ostés de leur main[2] ». Plus tard encore, Jacques d'Ableiges formule la même règle que l'Ordonnance de 1246 pour l'Anjou[3]. En Bourgogne, au XIVe siècle, la mère remariée n'est pas exclue de la tutelle. Le plus souvent, les droits des enfants sont seulement évalués à une somme fixe, dont elle débat le chiffre avec leurs parents paternels. Quelquefois, elle se décharge de toute responsabilité en déposant aux mains d'un tiers les biens mobiliers des mineurs[4]. La coutume de Bourgogne n'admit jamais complètement la déchéance romaine : toutes ses sévérités se bornent à changer le bail en simple tutelle, au cas de secondes noces de la mère noble[5].

Avec le temps, toutefois, l'idée qui inspirait la législation romaine fait son chemin de toutes parts. En Anjou, la mère remariée perd, d'après les coutumiers du XVe siècle, l'usufruit des donations immobilières faites à ses enfants[6]. Auparavant déjà, en Poitou, elle perdait le bail, entre nobles, à moins qu'il ne lui eût été donné par le testament du père. En roture, la tutelle lui était retirée et elle devait faire nommer un autre

[1] Ord. de 1246, art. 3 et 7 (LAURIÈRE, *Ord.*, t. I, p. 59).
[2] BEAUMANOIR, 21, p. 113, al. 3.
[3] ABLEIGES, II, 29.
[4] V. actes de 1372 et 1366 ap. SIMONNET, p. 168, 169 ; Cf. ci-dessus, p. 512, n. 2.
[5] *Bourgogne*, VI, 8 et 9.
[6] BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Anjou de 1463*, 274 ; — *Usaiges, stilles...*, 174.

tuteur[1]. Dès le XIII[e] siècle, l'échiquier de Normandie refuse de confier à la mère remariée la personne et les biens de ses filles, tandis qu'il accorde cette faveur à la mère demeurée veuve[2]. Plus tard, on s'arrêtera dans cette province à un moyen terme. Tutrice, la mère ne perdra pas la tutelle de plein droit, mais elle pourra être destituée par le conseil de famille. Si elle n'a pas la tutelle, on pourra ne pas la lui donner : ses secondes noces lui font perdre le droit, qu'elle avait auparavant, d'être préférée[3].

Au XVI[e] siècle, le droit romain est dépassé. C'est un principe admis à peu près partout par la coutume, que les secondes noces ne vont pas sans une déchéance partielle ou totale. L'application de ce principe est d'ailleurs loin d'être uniforme. Ici on l'étend au père et à la mère ; ailleurs à la mère seulement. Là, il n'est admis que pour les roturiers; ailleurs, pour tout le monde. Il y a d'autres variétés encore : telle coutume fait perdre la garde à la mère, tandis que la garde du père se change en simple tutelle ; telle autre s'en tient d'une manière générale à cette dernière règle[4].

Du vivant des parents, la séparation de corps peut entraîner aussi pour l'un d'eux la diminution ou l'extinction de leur autorité. Les Assises de Jérusalem confient les enfants à la mère jusqu'à ce qu'ils aient sept ans, et le père doit pourvoir à leur entretien. Dès qu'ils ont sept ans, le père peut les réclamer. S'ils refusent, ou leur mère, le juge décide, *cognita causa,* à qui ils seront confiés jusqu'à l'âge de douze ans. Cet âge atteint, ils peuvent aller avec qui ils veulent, père, mère ou autre parent[5]. Bouteiller a des solutions quelque peu différentes. Si la séparation est en faveur de la femme, elle gardera

[1] *Droiz et commandemens*, 723, 420, 830.

[2] Jugements de 1219, 1220, 1233, 1243, dans MARNIER, *Normandie*, p. 136, 140, 161 et 194.

[3] *Normandie*, Arrests placités de 1666, art. 6 et arrests sur les tutelles, art. 8 et 10.

[4] Exemples : *Paris*, 268 ; — *Orléans*, 27, 180 ; — *Berry*, I, 28, 30 ; — *Bourbonnois*, 174 ; — *Maine*, 98, 101 ; — *Eu*, 163, 165 ; — *Peronne*, 226 ; — *Reims*, 332 ; — *Valois*, 67 ; — *Bar*, 66 ; — *Chaulny*, 139 ; — *Troyes*, 17 ; — *St-Mihiel*, I, 23, 24 ; — *Fors de Béarn*, de marit et molhé, 12.

[5] *Cour des Bourgeois*, 177.

les enfants, et tous les frais d'éducation et d'entretien incomberont au mari. Si la rupture prononcée « par la cour spirituelle » rend possible un nouveau mariage, et que la femme profite de cette possibilité, les enfants seront « à la gouverne des amis d'un costé et d'autre au despens de père et de mère ». La séparation est-elle aux torts de la femme ? Son mari garde les enfants, et elle supporte tous les frais, si ses moyens le lui permettent ; sinon, la justice et le conseil de famille fixent la part contributive de chacun, mais en grevant davantage l'époux coupable[1]. J'ai cité le procès célèbre à la suite duquel Catherine Arnaud, séparée de son mari, obtint la garde de ses enfants[2]. Dans le dernier état de l'ancien droit, la question de savoir auquel des deux époux l'autorité demeure après la séparation est une simple question de fait que la loi ne règle point. C'est au juge de la trancher.

Certaines peines, le bannissement perpétuel, par exemple, dépouillaient de toute autorité les parents qui s'en rendaient passibles. Les abus de pouvoir, l'indignité ou l'incapacité notoires, pouvaient aussi donner lieu, directement ou indirectement, à de véritables déchéances. Beaumanoir cite plusieurs cas « par lesquels ou par aucuns desquiex le justiche, à le requeste des parens as enfans, les doit oster de le garde ou de le compaignie au père ou à le mère ». Certains de ces cas nous sont déjà connus : c'est le refus de fournir sûreté de ne pas marier les enfants sans le consentement de la famille ; c'est encore la malveillance ou les mauvais traitements dont les enfants peuvent être l'objet de la part de leur « parastre ou marastre ». Beaumanoir en ajoute trois autres : ne pas livrer « souffisamment sostenance as enfans selonc lor estat » ; avoir été accusé « de cas de crieme », et ne s'être pas assez complètement justifié pour qu'il n'en reste mauvais renom ; enfin, être « de si fol mainténement » que l'on n'ait « en soi ne conseil ne arréance »[3]. Les lois, les coutumes, les tribunaux,

[1] *Somme rural*, II, 8, p. 731.
[2] Cf. ci-dessus, p. 376 ; — Voyez aussi DENISART, v° *Education*, n[os] 7 et 8.
[3] BEAUMANOIR, XXI, p. 112-113.

admirent toujours de semblables causes de déchéance. Nous en avons vu assez de preuves sans qu'il soit besoin d'y insister[1].

[1] V. ci-dessus, p. 364, 365; — Adde : MASUER, V, 1 ; — *Fors de Béarn* : de marit et molhé, art. 12 ; — LOYSEL, I, 4, 22. L'hérésie fut aussi pour les protestants la cause de certaines déchéances (V. ci-dessus, p. 377 et s.).

CHAPITRE IV

ADOPTION ET BATARDISE

I

Adoption. — Affiliation.

L'adoption semblait, à l'époque franque, sur le point d'entrer dans les mœurs et de prendre une place importante dans la coutume. Elle joue encore, nous le verrons, un rôle symbolique dans la société féodale ; mais sa fonction normale, qui est de créer une paternité et une fraternité véritables, quoique artificielles, se réduit, au moyen-âge, à peu près à rien.

Ce fut même de bonne heure un principe courant, que l'adoption n'était point admise par les coutumes[1]. Quelques-unes l'interdisent d'une manière formelle[2]. Celle de Saintonge[3] paraît l'autoriser ; mais elle lui retire tous ses effets propres et n'autorise en réalité qu'un contrat d'une autre nature. Claude de Ferrière en explique assez clairement les dispositions. Selon l'article premier de cette coutume, dit-il, l'adoption se fait de trois façons : par gratification, par subrogation, et par récompense. Elle a lieu par gratification quand l'adoptant en fait

[1] *Somme rural*, I, 94, p. 535, 536 et la note de Charondas, p. 537 ; — Ferrière, I, p. 58 ; — Viollet, *Droit privé*, p. 486, n. 2.

[2] *Châtellenie de Lille*, 13, 4 ; — *Audenarde*, 20, 3.

[3] *Saintonge*, 1 : « Par la coustume, celuy qui est associé et affilié, succède à l'associant et affiliant avecques ses enfans naturels et légitimes, par testes, ès biens meubles et acquets immeubles faits par l'affiliant seulement, et non ès héritages ; car, quant à iceux, adoption ne peut profiter par la coustume ; si n'est que les adoptez, affiliez ou associez portent et confèrent les héritages, ou à iceux ayent renoncé, ou qu'en traicté de mariage autrement eust esté accordé : car esdits cas, l'affilié, associé ou adopté, succède par teste avec les autres enfans, ès héritages comme ès autres biens ».

bénéficier un étranger dans le but « d'exercer envers lui sa libéralité : auquel cas l'adopté n'est considéré que comme un donataire de ce que l'adoptant pourrait donner ; et l'adoption peut être faite quoy qu'il y ait des enfants légitimes, avec lesquels il succède par teste dans les biens meubles et dans les acquêts immeubles, mais non dans les propres, sauf dans les cas ou exceptions portés par cet article. La première est lorsque l'adoption ou affiliation se fait par subrogation, lorsqu'un père, mettant l'un de ses enfants hors de sa maison, il subroge un étranger en sa place par un contrat de mariage : auquel cas, le subrogé succède avec les mêmes droits que les enfants légitimes. L'adoption se fait par récompense lorsque le père récompense d'une affiliation, pour succéder avec les enfants naturels et légitimes, son gendre ou sa bru qui a porté ses deniers dans la maison de son beau-père[1] ».

L'affiliation n'est pas spéciale à la Saintonge. C'est une institution qui existait probablement partout au début du moyen-âge. Née de la survivance de la communauté domestique au décès de l'un des époux, elle ne suppose à l'origine aucune manifestation de volonté. L'époux survivant, s'il se remarie, introduit dans la communauté son nouvel époux. Celui-ci compte pour une tête. Jusqu'ici, rien qui diffère de ce que nous avons vu se produire dans la simple continuation de communauté. Mais si le nouvel époux a des enfants, soit d'un mariage antérieur, soit de ce nouveau mariage et que ces enfants, étant entrés dans la communauté, n'y forment pas une quatrième tête, la situation sera tout autre. Les enfants de deux, peut-être de trois mariages, peut-être d'un plus grand nombre, si chacun des nouveaux époux a des enfants de plusieurs lits, seront entre eux, et par rapport aux parents, comme s'ils étaient tous issus de l'union actuelle. Telle est la forme première de l'affiliation et sans doute aussi de la continuation de communauté. Plus tard on chercha à déterminer les parts de chacun dans la masse commune. On fut ainsi amené à compter pour une tête chaque groupe d'enfants issus du même mariage, et cette sorte d'affiliation disparut[2].

[1] Ferrière, I, p. 59.
[2] Cf. Viollet, *Droit privé*, p. 489, 490, texte et n. 1 à 3.

Celle que prévoit la coutume de Saintonge en faveur des gendres et brus, et qui se fait ordinairement en cette province, nous dit Claude de Ferrière, par les contrats de mariage des paysans, résulte dans le Bourbonnais et le Nivernais[1] du *mariage par échange*. Lorsque deux familles s'unissent par un double mariage, on peut convenir que l'enfant entré dans chacune d'elles par son mariage y sera substitué à celui que l'autre mariage en a fait sortir. Ce ne sont là que des adoptions imparfaites. Leurs effets se bornent à retirer à l'adopté le droit de succéder à ses parents naturels et à lui donner le droit de succéder à ses parents adoptifs. A ce droit, se joignent des devoirs de respect et d'obéissance : « Celuy qui est appelé à succession comme enfant, dit Coquille, doit faire tout son devoir d'enfant envers celuy qui l'a comme adopté[2] ». Mais cet adopté reste dans sa famille naturelle : c'est à ses parents par le sang que sa succession est dévolue, et son affiliation ne fait naître aucun empêchement de mariage[3].

On sait, d'ailleurs, que les effets de l'adoption romaine elle-même, étaient, sauf en ce dernier point, moins considérables depuis Justinien, puisqu'ils laissaient presque toujours à l'adopté ses droits de succession dans sa famille naturelle. Telle était cependant, en France, la défaveur de l'adoption, que les jurisconsultes du droit écrit amoindrirent encore ses conséquences. L'adopté cessa d'être héritier *ab intestat* de l'adoptant[4]. Les empêchements de mariage, que Justinien avait probablement laissé subsister, disparurent[5]. « L'adoption, perdant ainsi toute efficacité, tomba en pleine désuétude, écrit M. P. Viollet. Au XVIII[e] siècle, un jurisconsulte provençal très bien informé n'en apercevait d'autre débris que certaines institutions d'héritiers ou donations faites à la charge de porter le nom et les armes du testateur ou donateur[6] ».

[1] *Bourbonnois*, 205 ; — *Nivernois*, VIII, 31 ; XXIII, 25.
[2] COQUILLE *sur Nivernois*, VIII, 31.
[3] Voyez DUMOULIN, *sur Saintonge*, 1, dans RICHEBOURG.
[4] MASUER, XVI, 34 ; — Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 486, n. 2.
[5] DUMOULIN, *sur Saintonge*, 1 ; — Cf. ACCARIAS, n° 108.
[6] VIOLLET, *Droit privé*, p. 487.

II

Bâtardise.

Il n'y a plus, au moyen-âge ni dans les temps modernes, d'autres bâtards que les enfants conçus hors du mariage ou d'un autre que le mari. « L'en doit savoir que tuit chil sont loïal hoir, qui sont nez et conceuz en loiaux mariage, ou qui sont conceu de loïal mariage, tout soit che que il ni soient pas nez », dit Beaumanoir ; et c'est à l'Église seule qu'il attribue « la connoissance des loïaux mariages[1] ». La bâtardise résultant d'une mésalliance a disparu de la coutume sous l'influence du droit canon.

On pourrait croire, au contraire, si l'on s'en tenait à ce qui se passe pour les bâtards des nobles, que la tradition germanique favorable aux enfants naturels a fini par prévaloir, malgré les efforts, pourtant victorieux, de l'Église à l'époque franque. Cujas, dit M. Beaune, témoigne que l'on n'attacha pendant longtemps au nom de bâtard aucune idée de mépris. « Bartole, Paul de Castres, affirment qu'à leur époque ce nom n'avait rien d'odieux. Olivier de la Marche et Philippe de Comines constatent qu'au XV[e] siècle, dans toute l'Europe, les Allemands seuls le tenaient pour une injure, et qu'on ne distinguait guère un enfant naturel d'un enfant légitime[2] ». Les bâtards des grands ont achevé de perdre, il est vrai, les droits de succession qu'ils possédaient à l'origine ; mais ils conservent et transmettent à leurs enfants les privilèges de noblesse. « Les bâtards des princes et des nobles, dit Coquille, quand ils sont advouez par leurs péres, prennent le nom de la maison avec l'adjection de bastard. Toutefois, les armes tant des bastard que des descendants légitimes sont avec la barre de bastardise, comme nous le voyons aujourd'huy en la maison de Longueville, venue du bastard d'Orléans, et naguères en la maison

[1] BEAUMANOIR, XVIII, p. 97, al. 4 et 5; cf. p. 99, al. 3.
[2] BEAUNE, *Personnes*, p. 196, 197; — Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 466.

de Maizières, venue du bastard d'Anjou. Vray est que les péres, avant que les advouer pour leurs enfans bastards, les laissent croistre pour remarquer s'ils retiennent la générosité de la race dont la mére dit être le père de son enfant. Et cette marque et reconnoissance a grande raison ; puisque le témoignage de la naissance n'est tel qu'au mariage[1]. » C'est seulement en 1600 que Henri IV interdit aux enfants illégitimes issus de père noble « de s'attribuer le titre et la qualité de gentilshommes, s'ils n'obtenoient lettres d'anoblissement fondées sur quelques grandes considérations de leurs mérites ou de leurs péres ». Louis XIII renouvela cette interdiction, en y joignant celle de porter le nom paternel sans le consentement de qui de droit[2] ; mais ces mesures ne changèrent pas l'état des choses. Les besoins du fisc permirent de trouver toujours « les grandes considérations » nécessaires ; et du reste, les grands seigneurs, sous prétexte que les ordonnances ne parlaient que des simples gentilshommes, n'en tinrent jusqu'à la fin aucun compte.

De ces faits, qui naissent à la fois d'une tradition et d'un abus, il faut se garder de tirer une conclusion générale. Elle serait fausse en ce qui concerne les bâtards des roturiers. Ceux-ci ont perdu, au moyen-âge, tout ce que les bâtards des nobles ont perdu eux-mêmes. D'autre part, le nom qu'ils portent et le sang qui coule dans leurs veines ne leur permettent de réclamer aucun privilége, pas plus que le rang et le pouvoir de leur pére ne lui permet de les protéger. Ils doivent donc se trouver réduits à une condition peu enviable. Les documents juridiques ne laissent à ce sujet aucun doute.

On a même affirmé qu'ils étaient tous serfs, et l'on s'est fondé pour le prétendre sur les coutumes germaniques que nous avons étudiées. Les bâtards sont, à l'origine, des enfants qui naissent d'un mariage entre gens de conditions inégales : un de leurs parents est donc serf ; et comme le principe traditionnel, en la matière, est que le pire emporte le bon,

[1] Coquille, *Question* 29, *in fine* ; — *Artois*, 201.
[2] Edit de 1600, art. 26 ; — Ord. de 1629, art. 197 ; — Loysel, I, I, 44.

ils héritent de cette condition servile. Ces principes ont passé dans la coutume du moyen-âge : de là ses rigueurs contre les bâtards. C'est ainsi, en substance, que l'on raisonne. On se fonde aussi sur la condition même des bâtards dans la coutume. Ne pas succéder, ne pas avoir d'héritiers, ne pouvoir tester que de cinq sols, payer le chevage et le formariage, voilà bien, dit-on, la condition du serf. Or c'est justement aussi la condition du bâtard ; il est donc serf[1].

Cette manière d'envisager les choses ne semble pas tout à fait exacte. Nous avons vu qu'il y avait, à l'époque franque, des bâtards dont les parents n'étaient ni l'un ni l'autre serf, et même que, si l'un ou l'autre l'était, les enfants du mariage pouvaient, à la faveur d'une *epistola conculcatoria*, naître libres. Nous avons aussi constaté que le servage des bâtards de mésalliance résultait de cette mésalliance et non de leur bâtardise. Plus tard, le bâtard n'est pas non plus nécessairement serf. La règle romaine, que l'enfant suit la condition de sa mère, gagne, au contraire, du terrain de jour en jour. Si la mère est franche, le bâtard sera donc franc. Tel fut de bonne heure le principe. Beaumanoir va plus loin pour le Beauvoisis : il applique la règle à l'enfant légitime; mais il y fait exception pour le bâtard et en sa faveur. « Le tierche reson, dit-il, coment chil qui est poursuis de servitude se puet défendre, si est par une cause qui n'est pas courtoise, et neporquant nous l'avons par pluriex fois oï mettre avant en la défense de cheli que l'en poursuit de servitude, che est quant il dit et il veut prouver que il est bastars, et cheste prueve fete, il est hors de le servitude... Et pour che que aucunes gens pouroient penser que il ne deust pas gaaignier pour estre nez hors de mariage, le raison si est tele que li bastars ne suit ne le condicion dou pere, ne le condicion de le mere, ne en lignage, ne à leur bones condicions, il ne doit pas partir à leurs mauveses condicions, ne aus revanches que ils doient à leurs seigneurs[2] ». Malgré cette déclaration de franchise, Beaumanoir prive les bâtards de toute

[1] Beaune, p. 199 et s. ; — Amiable, p. 369 à 380; — Morillot, p. 363, 364; — Cf. Cauwès, dans *Grande Encyclopédie*, v° *Bâtard*, p. 693, col. 2, *in fine*.

[2] Beaumanoir, 45, p. 253, al. 2 et 3.

succession et n'admet pas qu'ils puissent laisser un héritage[1]. C'est donc que ces incapacités dérivent de la bâtardise et n'impliquent pas servitude. Beaumanoir nous explique leur raison d'être : c'est que le bâtard n'a pas de famille. « Che qui demeure, son testament païé, eschiet au segneur en quele terre li bien sont trouvé, come choze espave, tout soit ce que il eust pére ou mère, sereurs ou frères, ou autres parens que bastars puet avoir selonc nature ; car, selonc nostre coustume, n'ont-ils point de lignage »[2].

C'est de là que dérivent tous les traits par lesquels l'enfant naturel se rapproche du serf, même lorsqu'il n'est pas en servage. C'est ce droit du seigneur que le chevage, le formariage et les restrictions apportées à la liberté testamentaire viennent affirmer ou garantir. La condition du bâtard est semblable à celle du serf, comme elle est semblable à celle de l'aubain : ce sont trois conditions voisines, mais distinctes. Poser en règle générale que les bâtards sont serfs ne serait pas plus exact que de déclarer également serfs tous les aubains. Il est plus que probable, du reste, que l'on invoqua souvent cette similitude de condition pour traiter les bâtards comme des serfs, de même que « les gardes des maladeries » de Clermont invoquaient, au dire de Beaumanoir, leurs ressemblances avec les aubains pour leur fermer la porte de l'hôpital : « Disoient que li bastars n'avoit point de lignage ne n'estoit ahérité de nul droit, par quoi il se pooit aidier de le meson ne que nus estranges qui y venist d'Espane »[3].

Par cela même que la défaveur ainsi témoignée aux bâtards était due à des idées et à des influences canoniques, elle n'alla pas jusqu'à leur refuser tout droit vis-à-vis de leurs père et mère. Le droit canon, en effet, imposait à ceux-ci, fussent-ils même mariés chacun de leur côté, le devoir de subvenir aux besoins de leurs enfants communs dans les limites de leurs ressources. « *Uterque liberis suis procreatis provideat, et secundum quod eis suppetunt facultates, sustentationi*

[1] Beaumanoir, 18, p. 102, al. 2 ; — 45, p. 258, al. 2.
[2] Beaumanoir, 45, p. 258, al. 2.
[3] Beaumanoir, 46, 4.

eorum necessaria subministret »[1]. Quelques anciennes coutumes du midi réduisent pourtant cette obligation à bien peu de chose pour le père : il doit seulement payer la moitié de la nourriture de l'enfant jusqu'à l'âge de 3 ans, ce que l'on appellerait aujourd'hui les mois de nourrice[2]. Ailleurs, et plus tard, on fut généralement plus large. « Quelques coutumes, écrit Loysel, disent qu'un bâtard, depuis qu'il est né, est entendu hors de pain : mais on juge que qui fait l'enfant doit le nourrir ». « Hors de pain » se traduit donc par « hors de la famille et de l'autorité paternelle »; de telle sorte que les bâtards, dit Laurière, « peuvent aliéner leurs biens dès qu'ils ont l'âge de discrétion, fixé à 15 années, et ils ne sont point obligés d'attendre qu'ils aient 18 ou 21 ans comme les légitimes »[3]. De même, il fut jugé qu'ils pouvaient se marier sans le consentement de leurs parents. Leur père et leur mère n'en sont pas moins tenus de faire les frais de leur entretien et de leur éducation, soit que l'un d'eux ait le soin de leur personne, soit que ce soin ait été confié à un tiers par la justice, qui tranche librement cette question au mieux de l'intérêt des enfants[4]. On va même jusqu'à obliger les parents à fournir, à concurrence d'une somme modique « en ayant égard à la maison et aux facultez », une dot à la fille et un fonds de réserve au fils, eût-il « art ou science pour se nourrir; car la maladie lui peut oster ses moyens »[5].

Le père ou la mère voulait-il donner davantage ? Il ne le pouvait pas toujours. Les Assises de Jérusalem ne le lui permettent que s'il n'a pas enfants légitimes et si ses parents sont morts. Dans le cas contraire, il ne peut tester en faveur de

[1] *Decr. Greg. IX*, lib. IV, 7, 5 (Clément, III).

[2] *Montpellier de 1205*, art. 13 (Giraud, I, *Pièces justif.*, p. 78) : « *Si quis confessus vel condemnatus fuerit aliquem bastardum vel bastardam suum esse infantem, teneatur illi providere in dimidia sumptuum qui necessarii fuerint in eo atendo infra triennium secundum posse suum; et deinceps non tenetatur nisi voluerit* ». — Beugnot, 2e *Cout. d'Alais*, 20, p. 106; — Sur cet âge de trois ans, cpr. *Droiz et commandemens*, 851.

[3] Loysel, I, 1, 41 et Laurière, sur cet article; — Cf. *T. A. C. B.*, 266, 267; — *Bretagne*, A. 452; N. 478.

[4] Voyez Denisart, v° *Bâtard*, n° 30 à 32.

[5] Coquille, *Question* XXIX, p. 182.

son bâtard. Beaumanoir assimile l'enfant naturel à toute autre personne étrangère à la famille[1]. Plus tard, on semble l'avoir réduit à sa pension alimentaire. « Maître Martin Doublé, dit Loysel, tenoit que bastards ne pouvoient recevoir legs ni de père ni de mère ; ce qui se doit entendre de legs excédant leur nourriture ». Cette rigueur s'adoucit dans la suite, et on borna l'interdiction aux legs universels ou excessifs[2].

A défaut de legs, les bàtards n'avaient, à l'origine, aucun droit sur la succession de leurs parents, si ce n'est pour les aliments que leur accordait la coutume : « Bien sachent tuit cils qui sont bastars que ils n'ont droit en nul descendement », écrit Beaumanoir ; et Loysel : « Bastards ne succèdent point ores qu'ils soient légitimés[3] ». Plusieurs coutumes, cependant, sous l'inflence romaine, appelèrent l'enfant naturel à recueillir *ab intestat* les biens de sa mère[4], pendant que la plupart des pays de droit écrit, sous l'influence canonique, abandonnaient au contraire, sur ce point, le droit romain, pour adopter la tradition coutumière[5].

L'incapacité de succéder qui frappait ainsi à peu près partout le bâtard tenait, nous l'avons vu, à ce qu'il « n'avoit pas de lignage ». Elle cessait donc par son entrée dans le lignage. Celle-ci pouvait avoir lieu de deux manières. Elle résultait d'abord d'une sorte d'adoption que les lignagers du père naturel pouvaient consentir en faveur des bàtards. Cette adoption ne les légitimait pas, mais elle leur conférait la même capacité de recevoir et les mêmes droits de succéder que s'ils eussent été légitimes. Les Assises de Jérusalem la prévoient, et elle a laissé sa trace à la fin de la maxime de Loysel que je citais à l'instant : « Bâtards ne succèdent point, ores qu'ils soient légitimés,

[1] *Cour des Bourgeois*, 178 ; — Beaumanoir, ch. XVIII, p. 102, al. 3. L'assimilation, quoi qu'on en ait dit, est complète dans Beaumanoir.

[2] Loysel, I, i, 43 et la note de Laurière. Martin Doublé était conseiller au Châtelet sous Charles VI, vers 1392.

[3] Beaumanoir, XVIII, p. 102, al. 2 ; — Loysel, I, i, 45 ; — Cf. Viollet, *Etablissements : Abrégé champenois*, 27.

[4] Exemples : *Droiz et commandemens*, 92 ; — *Valenciennes*, 152, 153 ; — *S. Omer* (*Artois*), 47 ; — *Richebourcq-St-Vaast* (*Artois*), 34 ; — *Bourbourg*, X, 13.

[5] Beaune, *Personnes*, p. 207 ; — Glasson, *France*, t. VII, p. 99.

si ce n'est du consentement de ceux qui y ont intérêt »[1]. Le sens primitif de cette exception à la règle générale est d'ailleurs complètement perdu cent ans après Loysel. Laurière l'entend de la légitimation par lettres du prince, qui ne peut avoir effet, quant aux successions, si le possesseur actuel de l'hérédité future et ses héritiers présomptifs n'y ont pas expressément consenti[2]. Or, Loysel distingue visiblement deux cas : ou bien les bâtards succèdent parce qu'ils sont légitimés, ce qui comprend évidemment la légitimation par lettres royales ; ou bien ils succèdent sans être légitimés, parce que les intéressés ont consenti à leur en accorder le droit. Il est fort possible que Loysel lui-même n'ait pas eu en vue l'espèce d'adoption dont parlent les Assises, mais seulement une concession bénévole des héritiers légitimes consentant à laisser une part d'héritage aux enfants naturels.

Il n'en est pas moins vrai, d'ailleurs, que la légitimation par lettres du prince est soumise aux conditions que Laurière indique. Etablie par Justinien, elle fut reçue en France de bonne heure au moyen-âge. On s'en servit probablement surtout pour compléter l'adoption dont je viens de parler; et comme les effets de celle-ci ne pouvaient évidemment se produire qu'à l'égard des personnes qui la consentaient, les effets de la légitimation par lettre se trouvèrent réduits à la même mesure. Ils demeurèrent toujours incomplets. Claude de Ferrière nous apprend même que les tribunaux de son temps, à la suite de certains abus, refusèrent de tenir compte du consentement de la famille aux lettres et de la clause de successibilité qui s'y trouvait écrite : mais cette jurisprudence ne prévalut pas[3].

Plus restreints encore étaient les effets de la légitimation par lettres du Pape. Ils se bornaient, en France du moins et depuis le XVIe siècle[4], à rendre accessibles aux bâtards les

[1] *Cour des Bourgeois*, 178 ; — LOYSEL, I, I, 45.
[2] LAURIÈRE sur LOYSEL, *loc. cit. sup.*, n. 1.
[3] FERRIÈRE, I, p. 55, 56 ; — DENISART, v° *Légitimation*, n° 23 et s.
[4] Pour le XVe siècle déjà, voyez dans ISAMBERT, t. X, p. 388, des lettres de légitimation adressées en 1461 par le roi à l'évêque de Tournai, qui était bâtard, pour

ordres, dignités et bénéfices de l'Église. Cette sorte de légitimation n'a donc que peu d'intérêt pour nous.

L'influence de l'Église, fort heureusement pour les bâtards, s'était exercée en leur faveur d'une autre manière. La légitimation par mariage, qu'elle avait fait entrer, sous Constantin[1], dans le droit de Rome, mais dont le Code Théodosien ne parlait pas, fut de bonne heure admise en France. Cette admission devait suivre, et elle suivit en effet de près, l'attribution à l'Église d'une compétence exclusive en matière de mariage, et la restriction de la bâtardise aux enfants nés hors mariage qui fut la conséquence de cette attribution. Les manuels de droit romain des XI[e] et XII[e] siècles la mentionnent[2]. Beaumanoir en parle à plusieurs reprises : « L'en ne doit pas douter, dit-il, que quant un hons est hors du lien de mariage, a compagnie à une fame et en a enfans, et l'espouse puis que li enfans sont mis dessous le drap, lequel drap est acoustumé de mettre sur chaus qui se marient sollempnement en sainte Église, ne soient loial puis que il i sont mis avec le pére et avec la mére, le mariage faisant, et puis lors ne sont pas li enfans bastart, ains sont hoir et pueent estre aherités si comme loïaus enfans nez en mariage, et par cheste grace que sainte Église et coustume consentent à cex manières d'enfans avient souvent que li péres espousent les méres pour la pitié des enfans, si que mains de maulz en sont fet ». Dans le même chapitre, Beaumanoir nous apprend que le bienfait de cette légitimation s'applique à l'enfant conçu avant le mariage de ses pére et mére et né après, mais qu'il est refusé aux enfants adultérins. « Chaus de qui est certaine chose que il sont bastart et avoutre ne pueent en nule manière estre fet

lui donner le droit de tester. Les dispenses ecclésiastiques n'avaient donc pas légitimé ce prélat au point de vue civil.

1 C. Just., V, 27, 5.

2 *Exceptiones Petri*, I, 41, p. 311 ; — *Brachylogus*, I, 9, 4. On pourrait être tenté, au premier abord, d'attribuer à la renaissance du droit de Justinien, au XII[e] siècle, l'introduction de la légitimation par mariage. Mais il faut remarquer, en premier lieu, que les deux manuels cités ici sont antérieurs à cette renaissance et en second lieu que l'Epitome de Julien, auquel Petrus emprunte la légitimation par mariage (Julien, 32, 3), était connue depuis longtemps sans qu'on la lui eût empruntée.

loial... mes chil qui ne sont fors bastars tans seulement pueent bien être fet loïal hoir par estre mis dessous le paile à l'espouser, si comme nous avons dit dessus[1] ». La cérémonie dont il est ici parlé n'était pas indispensable, bien qu'elle fût d'usage, comme en témoigne encore cette maxime de Loysel : « Enfans nés avant le mariage, mis sous le poile, sont légitimés[2] ». C'était, comme dit un coutumier poitevin, « la force de mariage » qui opérait la légitimation, et lui donnait les pleins effets refusés aux lettres du prince[3]. Les ordonnances, cependant, exigèrent que le mariage n'eût pas été célébré *in extremis*[4]: mesure pleine de sagesse, et tout à fait dans l'esprit d'une institution bien moins destinée à procurer des héritages aux bâtards qu'à tirer les parents du désordre et à donner aux enfants une famille et un foyer.

Assez durement traités à certains égards, les bâtards se trouvaient ainsi dans une situation préférable à celle que, sous des apparences plus favorables, la législation leur fait de nos jours. De très bonne heure, au moyen-âge, ils avaient été affranchis du chevage et du formariage. Les incapacités qui les frappaient en dehors des relations de la parenté naturelle s'étaient ensuite effacées. Les devoirs des parents étaient consacrés dans une équitable mesure, et leur liberté de disposer à l'égard de leurs enfants naturels était encore assez grande, quoique limitée. Enfin, la paternité pouvait être recherchée. La preuve en était rendue extrêmement facile. La légitimation résultait de plein droit du mariage des parents, même au profit des enfants qu'ils ne reconnaissaient qu'ensuite. Les bâtards, il est vrai, n'avaient pas le droit de succéder. Ils l'ont aujourd'hui : leur condition en est-elle meilleure ? La légitimation par mariage a été restreinte aux enfants reconnus avant la célébration ou dans l'acte qui la constate[5], restriction perfide qui fixe dans la bâtardise beaucoup d'enfants que leurs parents voudraient en tirer.

[1] Beaumanoir, XVIII, p. 102, al. 5 et 6 ; p. 98, al. 1.
[2] Loysel, I, I, 40.
[3] *Droiz et commandemens*, 222 ; — Coquille, *Question* 180, p. 311.
[4] Decl. de 1639, art. 6 ; — Édit de 1697, art. 8.
[5] Code civil, 331.

D'autre part, la recherche de la paternité est interdite. En un seul cas, celui d'enlèvement, le père peut être forcé de reconnaître son bâtard[1]. Dans les autres, il peut se soustraire si bon lui semble à tous ses devoirs, et c'est ce qu'il fait d'ordinaire. Que sert aux enfants naturels la loi des successions? Ils ne peuvent même pas réclamer des aliments à l'homme qui les a engendrés : légalement, il n'est pas leur père. Pour effacer de nos lois ce privilège inique qu'elles accordent à l'inconduite doublée de lâcheté, il faudrait autoriser la recherche de la paternité naturelle. Mais quels ne seraient pas alors les effets de l'appât successoral offert aux convoitises des bâtards? Il faudrait donc supprimer d'abord, ou tout au moins réduire, leurs droits de succession; et, naguère encore, on les augmentait.

[1] Code civil, 340.

CHAPITRE V

CARACTÈRE GÉNÉRAL DE L'AUTORITÉ PATERNELLE ET CONSTITUTION DE LA FAMILLE DANS L'ANCIENNE FRANCE

I

Les serfs.

Le sort du serf suit d'ordinaire le sort du roi. L'histoire de la famille servile nous en a fourni une preuve à l'époque franque ; elle nous en fournit une autre au moyen-âge. La disparition de la monarchie carolingienne et le commencement de l'anarchie féodale marquent pour les serfs le retour des jours mauvais. « Leur condition matérielle et morale est moins favorable, du xe au xiie siècle, qu'elle ne l'avait été au ixe, sous les Carolingiens, et qu'elle ne le fut, à partir du xiie, quand l'autorité royale eut repris la prépondérance. Ils sont liés plus étroitement, parce que chacune des restrictions apportées à leur liberté est plus nettement définie qu'auparavant, et moins facile à éluder que plus tard... La situation du serf irait donc en s'aggravant, et retournerait peut-être aux horreurs des temps antiques et des temps barbares, si la royauté, adversaire naturel des abus du régime féodal, et, par intérêt autant que par devoir, protectrice née des faibles, n'intervenait en sa faveur[1] ».

A mesure que la puissance capétienne grandit, la condition des serfs s'améliore. En même temps, pour des causes diverses, au premier rang desquelles il faut placer l'influence de la reli-

[1] Allard, *Mainmortables*, p. 171, 173.

gion et les nécessités de l'agriculture, elle tend de toutes parts vers la liberté. Dès le XIIe siècle, les chartes d'affranchissement sont fréquentes. Elles abondent au XIIIe. Au XIVe, dans toute l'étendue du domaine royal et dans nombre de seigneuries, le servage a disparu[1]. Il subsiste cependant encore en bien des endroits. Beaumanoir nous apprend que, de son temps, la condition des serfs, considérablement améliorée en Beauvoisis, n'était pas partout aussi bonne. « Plus courtoise est nostre coustume envers les serfs que en mout d'autres, dit-il; car, en mout d'autre païs li seigneur pueent penre de leurs serfs et à le mort et le vie toutes les fois que il leur plest, et si les pueent constraindre de tousiours manoir, desouz aus ; mes l'en les a plus débonairement menez à Biauvoisis, car puis que ils paient à leurs seigneurs leurs rentes et leurs cavages tiex comme ils sont acoustumé, il pueent aler servir ou manoir hors de le juridicion à leurs seigneurs ».

Ce servage adouci, très voisin de la liberté, devint de plus en plus général. L'état heureux ou malheureux du serf et de sa famille varie d'ailleurs encore avec les lieux et les personnes. Ici, les serfs désertent en masse le domaine seigneurial pour se réfugier dans les villes de franchise ; là, dès qu'on les affranchit, ils s'empressent de se remettre en servitude ou refusent le bienfait de la liberté. Il en fut ainsi jusque dans les derniers temps de l'ancien régime, bien qu'un progrès continu n'ait cessé de réduire le nombre des serfs et de rendre leur condition plus favorable[2].

Deux choses, au point de vue familial, élevèrent le serf au-dessus de sa condition première. Ce sont le mariage et la communauté. La reconnaissance des unions entre serfs comme véritables mariages avait constitué la famille servile et garanti aux père et mère l'exercice de leurs droits naturels sur leurs enfants. J'ai montré que les droits seigneuriaux n'y faisaient pas obstacle, lors même qu'ils appartenaient à différents seigneurs sur les membres d'une même famille. Nous retrou-

[1] Voyez Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, Paris, 1879, p. 488.

[2] Cf. Viollet, *Droit privé*, p. 325, texte et n. 3; 326; — Allard, *Mainmortables*, p. 181, 182 et ch. XVII et XVIII; — Beaune, *Personnes*, p. 216 et s.

vons, au moyen-âge et dans les coutumes, les partages usités en pareil cas, et sur lesquels on s'est apitoyé, semble-t-il, plus que de raison. Tantôt la moitié des enfants est attribuée à chacun des deux seigneurs auxquels appartiennent le père et la mère. S'il n'y a qu'un enfant, l'un des deux cède sa part à l'autre. Tantôt, chacun d'eux, en commençant par celui dont le rang est plus élevé, choisit un enfant à son tour jusqu'à ce qu'il n'en reste plus. Si le nombre est impair, le dernier enfant reste indivis. C'est ordinairement lorsque ces enfants sont capables de travailler que ces partages s'opèrent[1]. J'en ai suffisamment expliqué le caractère sans qu'il soit besoin d'y insister ici de nouveau.

La communauté procure à la famille servile la cohésion et la stabilité. C'est un moyen pour les enfants de conserver les terres concédées à leurs parents par un seigneur. Le droit de retour, qui compète à ce dernier lorsque la jouissance du concessionnaire a pris fin, n'a pas lieu de s'exercer lorsque cette jouissance est commune : elle est à tous ; la mort d'un seul ne peut en affecter ni la durée, ni l'étendue. Les enfants des serfs, groupés autour de leurs parents, trouvaient dans la communauté du travail un titre à cette jouissance collective, et les seigneurs avaient tout intérêt à la consacrer.

De cette organisation de la famille servile en communauté rurale, découla pour son chef le pouvoir, la mainburnie, qui lui manquait encore à l'époque franque ; pour ses membres, des droits semblables à ceux que la solidarité et la copropriété conféraient aux membres des familles franches. La direction des travaux communs, la dispensation des communes ressources appartiennent au père. C'est lui qui agit et qui ordonne. Il a droit sur la personne de ses enfants. Il les élève à sa guise. Il les dote. Il les marie. La permission du seigneur est nécessaire, il est vrai, pour ce mariage, mais cela ne détruit pas l'autorité paternelle. Le vassal lui-même, au commencement du moyen-âge, n'est-il pas soumis à cette exigence ? Elle s'explique aisé-

[1] V. MARCHEGAY, dans *Biblioth. de l'Ecole des Chartes*, t. XVII, p. 409 et s. et 420, 421 (chartes du XI[e] siècle) ; — GUÉRARD, *Cart. de S. Père de Chartres*, n° 87, p. 328 (chartes du XII[e] siècle) ; — Cf. *Issoudun*, *A. X*, 8 ; — *Bourbonnais*, A. 18, 5 ; *N.* 193 ; — *Troyes*, 7.

ment pour le serf, car le mariage fera sortir l'enfant du domaine ou entrer un étranger dans la communauté familiale, au nombre des tenanciers du seigneur. Elle disparut d'ailleurs dans la suite, d'abord pour ce dernier cas, et plus tard aussi pour l'autre. Telle est la mainburnie du chef de famille ; mais s'il veut aliéner les biens communs, il faut que ses subordonnés y consentent. Nous en avons une preuve dans les chartes d'affranchissement. Très souvent, les objets cédés ou les droits abandonnés comme prix de l'affranchissement d'un serf, le sont du consentement de ses enfants et de ses proches. Le cartulaire de Saint Père de Chartres nous en offre, entre autres, un intéressant exemple. En 1127, Geoffroy Boschet, serf de l'abbaye, abandonne, pour obtenir sa liberté, toutes les tenures dont son père, en mourant, lui a transmis la possession : « *Omnia*, disent les moines, *quæ sibi, a patre suo Gualterio dimissa, ipse vel feodaliter, vel censualiter tenebat ab ecclesia nostra* ». Cet abandon, ajoutent-ils, a été consenti en même temps par tous ses proches en âge de le faire. « *Consensu et concessu uxoris suæ Hersendis et filii Radulphi et filie Juliane, sororum quoque suarum Hersendis atque Agathe, et reliquorum propinquorum suorum* ». Quant à ceux qui n'avaient pas encore l'âge voulu, enfants ou proches, Geoffroy Boschet s'engage à leur faire ratifier la cession plus tard et promet garantie contre toute réclamation qui pourrait être formée « *jure propinquitatis*[1] ».

Par cela même que les pouvoirs du chef et les droits des membres de la famille sont une simple conséquence de la communauté, ils prennent fin pour chacun d'eux avec elle. Aussi n'admet-on à l'origine à la succession des serfs que les enfants demeurés en « celle » c'est-à-dire avec leurs parents, sous le même toit, dans l'exploitation du même domaine. Plus tard, il n'en est plus ainsi que pour les serfs de mainmorte, parmi lesquels nous voyons aussi l'usage des anciennes communautés se maintenir[2].

[1] Guérard, *Cart. de S. Père*, p. 277 ; Cf. *ibid.*, p. 293.
[2] *Champaigne* et *Brie*, 29, 60 ; — *Troyes*, 5 ; — *Vitry*, 141 ; — *Bourgogne*, IX, 13 ; — *Comté*, 89, 90, 98 ; — *Auvergne*, 27, 8 et 9 ; — *Bourbonnois*, 207 ; — *Nivernois*, VIII, 25 ; — *Issoudun*, X, 8 ; — Cf. *Las costumas de la villa de Bordeü*, 189.

Loysel a conservé, dans ses Institutes coutumières, ces principes anciens sur la mainburnie et la succession des serfs. « Serfs ou mainmortables, dit-il, ne peuvent tester et ne succèdent les uns aux autres sinon tant qu'ils sont demeurans en commun ». Et un peu plus loin : « Un seul enfant restant en celle requeust la mainmorte », c'est-à-dire exclut le seigneur de la succession, même pour la part des enfants hors de celle. Originairement, cette part lui appartenait sans nul doute. Un siècle après Loysel, Laurière nous apprend qu'il doit en faire profiter « ses frères qui sont hors de celle » bien que leurs droits, indépendamment du sien, soient nuls. J'ai cité enfin le passage dans lequel Loysel attribue aux serfs l'autorité paternelle sur leurs enfants. « Les enfants sont en la vouerie et mainburnie de leurs père ou mère, soit francs ou serfs, majeurs ou mineurs »[1].

On sait qu'il y eut des mainmortables jusqu'à la fin du XVIIIe siècle. A part la restriction apportée à leur droit d'hériter et de tester, leur condition n'offrait plus, au point de vue familial, aucun caractère spécial. Quant aux communautés d'autrefois, elles survécurent çà et là quelque temps à la suppression du servage, à la Révolution et au Code civil. « Il existe encore en Nivernais, écrivait Dupin dans son édition des Institutes coutumières[2], une de ces anciennes communautés qui s'est maintenue comme par miracle à travers les siècles et les révolutions : c'est la communauté des Jault. . Un prix de moralité a été décerné au maître de cette communauté au nom de la princesse Adelaïde, au comice de St-Révérien, le 8 septembre 1844 ».

II

Le régime féodal.

Aprés avoir considéré les plus basses classes de la société, nous devons maintenant tourner nos regards vers les plus

[1] LOYSEL, I, I, 74; I, I, 83 (avec la note de LAURIÈRE); I, IV, 2.
[2] T. I, p. 125.

hautes, étudier les particularités qu'offre, dans leur sein, la constitution de la famille et noter les caractères spéciaux qu'y présente l'autorité paternelle.

Les traditions familiales germaniques se sont conservées en elles plus vigoureuses, plus pures, et pendant plus longtemps. Nous en aurons une preuve particulièrement convaincante lorsque nous considérerons les traces laissées par l'antique solidarité familiale dans les coutumes du moyen-âge et des temps modernes[1]. C'est par elles aussi que ces traditions ont exercé sur l'organisation sociale du moyen-âge une plus profonde influence. De ce double fait, la raison se trouve avant tout dans le caractère essentiellement guerrier de l'une et l'autre famille, la germanique et la féodale. Issue de la première, vouée à des destins semblables, la seconde devait forcément garder les mêmes traits essentiels.

Des changements, pourtant, se produisirent. Deux personnages, la mère et le fils aîné, prirent une importance qu'ils n'avaient pas autrefois. La mère, nous l'avons vu, fut de bonne heure admise à succéder au père dans le gouvernement du fief pendant la minorité de ses enfants. Elle exerça alors toutes les prérogatives de l'autorité seigneuriale en même temps que de l'autorité paternelle. Du vivant même du père, elle le remplace lorsqu'il est parti pour quelque lointaine expédition. Humble sujette en la présence de son époux, elle devient reine alors dans le manoir féodal. « Elle y reste maîtresse, dit M. Guizot, châtelaine représentant son mari, chargée en son absence de la défense et de l'honneur du fief. Cette situation élevée et presque souveraine au sein même de la vie domestique a souvent donné aux femmes de l'époque féodale une dignité, un courage, des vertus, un éclat qu'elles n'avaient point déployés ailleurs. Elle a, sans doute, puissamment contribué à leur développement moral et au progrès général de leur condition.

« Ce n'est pas tout. L'importance des enfants, du fils aîné entre autres, fut plus grande dans la maison féodale que partout

[1] Cf. ci-après, p. 555 et s.

ailleurs. Là éclatèrent non seulement l'affection naturelle et le désir de transmettre ses biens à ses enfants, mais encore le désir de leur transmettre ce pouvoir, cette situation supérieure, cette souveraineté inhérente au domaine. Le fils aîné était aux yeux de son père et de tous les siens, un prince, un héritier présomptif, le dépositaire de la gloire d'une dynastie. De sorte que les faiblesses comme les bons sentiments, l'orgueil domestique comme l'affection, se réunissaient pour donner à l'esprit de famille beaucoup d'énergie et de puissance »[1].

On fut vite contraint, en effet, de renoncer au partage égal, appliqué par le droit germanique à toutes les successions, même impériales ou royales, et dont les inconvénients étaient plus sensibles encore pour le petit royaume seigneurial que pour le vaste empire d'un Clovis ou d'un Louis-le-Pieux. Au XIe siècle, les *Libri feudorum* consacrent encore l'ancienne règle[2] ; mais, presque partout, elle fut abandonnée peu de temps après l'introduction de l'hérédité des bénéfices. L'intérêt du suzerain et celui du vassal réclamaient ensemble l'indivisibilité du fief. L'intérêt du suzerain voulait que le service militaire, charge compensatoire de la concession féodale, fût toujours assurée par des ressources suffisantes : le morcellement du domaine entre plusieurs vassaux ne les eût laissées à aucun d'eux[3]. L'intérêt du vassal voulait que sa famille devînt puissante : il fallait donc conserver à cette famille la cohésion, la fortune, la force guerrière, auxquelles le suzerain lui-même tenait tant. Le droit d'aînesse s'établit spontanément pour répondre à ce double besoin. Tantôt, un accord entre suzerain et vassal lui donna naissance ; tantôt, le vassal prit seul l'initiative de l'imposer à ses héritiers. Ce fut bientôt un fait normal que la primauté du fils aîné dans la famille. Il ne fut plus besoin d'aucune stipulation expresse pour y donner lieu, « et si la législation, dit M. Esmein, intervint quelquefois pour l'établir, elle ne l'imposa point et ne fit que préciser et consolider la coutume »[4].

[1] GUIZOT, cité par BERNARD, p. 86.

[2] *Libri feudorum*, I, I, 1 : « *Hodie ita stabilitum est ut ad omnes æqualiter veniat* ».

[3] V. ESMEIN, *Histoire*, p. 204.

[4] ESMEIN, *Histoire*, p. 205 ; — Cf. PLANIOL, *L'assise au comte Geffroy*, dans *Nouv. revue hist. de droit*, t. XI, p. 131 à 145.

L'aîné devint donc l'héritier par excellence, le seul véritable héritier du fief. Les puînés, à l'origine, n'ont droit à quelque chose que s'il y a plusieurs domaines, et après que l'aîné a choisi ce qui lui plaît[1]. Plus tard, en quelques contrées, ce droit leur est même retiré. On ne leur laisse qu'un usufruit, parfois moins encore. « Li mainsné, dit Pierre de Fontaines, n'ont pas, par nostre usage, certaine partie se li peres ne lor devise ; mes ils ont sostenance, selonc l'héritage le père et lor hautesce ». Et les anciennes coutumes d'Anjou : « Puisnez nobles ne sont point héritiers de pere ne de mere, mais tiennent en bienfait[2] ». D'autres fois, on leur donne le tiers ou le cinquiéme de l'héritage, mais ils doivent demander délivrance à leur aîné. Lui seul a la saisine ; seul, il fait hommage au suzerain pour tout le fief. Plus tard seulement, ce mode de tenure, appelé parage, fut remplacé par l'hommage direct des puînés : encore ce changement ne s'opéra-t-il pas dans tous les lieux où le parage était usité.

Je ne puis entrer ici dans les détails de l'organisation et de l'histoire du droit d'aînesse ; mais je dois signaler le double aspect sous lequel il se présente au point de vue de la famille. L'aînesse féodale est à la fois une charge et une exception.

C'est une charge, et je ne l'entends pas ici des obligations de l'aîné envers le suzerain, mais de ses obligations familiales. A ce point de vue aussi, ce n'est pas un privilège gratuit que la coutume lui attribue. Elle lui donne la principale part de l'héritage paternel ; mais elle lui impose en même temps la plupart des devoirs du père. Il doit pourvoir ses puinés « selon le fié et lor hautesce ». Il doit doter ses sœurs : « Li ainsné doit faire avenant bienfait aus puisnez, et si doit les filles marier », disent les Etablissements de Saint-Louis[3]. Il est le chef de la famille : c'est un honneur ; ce n'est pas toujours un profit.

[1] *Assises de Jérusalem*, 168 ; — *Grand coutumier normand*, 26 ; — *Somme rural*, I, 76.

[2] *Conseil*, 34, 3 ; — VIOLLET, *Établissements*, I, 26 ; — BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, t. III, p. CXI, et s ; — *Anjou de 1411*, 53 ; — *Liger*, 324 ; — *Anjou de 1463*, 68 ; — *Usaiges stilles*, 84 ; — *Somme rural*, I, 79.

[3] VIOLLET, *Etablissements*, I, 26 ; — *Conseil*, 34, 4.

L'aînesse est, de plus, une exception : c'est l'égalitéqui est la loi du patrimoine[1]. Le fief n'est pas, à l'origine, une terre patrimoniale : on admet donc aisément qu'il soit soustrait à la règle commune et déclaré indivisible. Encore cette indivisibilité, comme je viens de le dire, n'est-elle d'abord admise que pour chaque fief. Elle ne s'étend à toute la succession féodale que plus tard et seulement en quelques endroits. A mesure que le temps s'écoule, le fief, transmis de père en fils, revêt le caractère patrimonial qu'il n'avait pas. Aussitôt le principe d'égalité prend sa revanche. Il engendre la tenure en parage, l'attribution d'une part aux puînés dans les fiefs ordinaires, la restriction de l'indivisibilité aux baronnies et fiefs supérieurs, et de l'aînesse aux descendants mâles. Le mouvement même ne s'arrête pas là. Le progrès que nous avons vu s'accomplir dans le droit successoral de l'époque franque en faveur des femmes s'était achevé de bonne heure, en dehors des familles féodales, par l'admission des filles à la succession paternelle en concours avec les fils, du moins quand elles n'étaient pas mariées. Les causes qui avaient introduit l'aînesse dans le droit des fiefs devaient y faire maintenir le privilège de masculinité. Néanmoins, il n'y demeure pas intact. Il ne s'exerce bientôt plus qu'à égalité de degré, sauf en quelques contrées, où il conserve son ancienne rigueur, tandis qu'en plusieurs autres il disparaît complètement.

Le caractère tempéré du droit d'aînesse empêcha, dans la suite, la noblesse d'acquérir en France la forte organisation et la vitalité qu'elle possédait en d'autres pays[2]. L'autorité du père n'en avait pas moins, dans la féodalité ancienne, le caractère d'une véritable royauté. La destinée guerrière qui est celle de la famille féodale, a fait de cette famille le centre de groupements plus étendus, que nous avons vus se former autour d'elle à l'époque franque. Dans le château, sur les champs de bataille, vassaux, compagnons, hommes d'armes, pages, serviteurs de toute sorte se pressent aux côtés du seigneur entouré déjà de

[1] Cf. ci-après, p. 558, 559.
[2] VIOLLET, *Droit privé*, p. 259 et 840.

ses enfants et de ses proches. C'est la ménie. La ménie n'a rien d'exclusivement familial : c'est tout simplement la *familia* romaine, l'ensemble des personnes qui vivent avec le père et sous sa dépendance [1]. Mais la ménie du seigneur est toujours nombreuse ; et comme la seule force armée qui existe dans l'Etat se trouve précisément en elle, son importance sociale est très grande.

De tous ces liens divers, le lien familial est le type. Il n'existe pas, sans doute, entre tous les membres de la ménie, entre tous les compagnons ou les vassaux du même seigneur, un lien de parenté, même fictive. A peine pourrait-on apercevoir quelque chose de l'adoption, à l'origine surtout, dans les rapports du nouveau chevalier avec celui qui l'a armé. « Je crois avoir entrevu, dit Lacurne de Sainte-Palaye, que ceux qui avaient conféré la chevalerie étaient regardés comme autant de pères de famille ; les conseillers ou assistants comme les parrains des nouveaux chevaliers, et ceux-ci comme les enfants d'un même père [2] ». S'il n'y a pas, d'ailleurs, en général, identité entre la famille et les autres groupes rassemblés autour d'elle, il y a similitude. « *Si parentes cum filiis, vel filii cum parentibus contentionem vel placitum habuerint, parentes sint judicati ut seniores, et filii velut homines manibus propriis commendati* », lisons-nous dans les *Usatici* de Barcelone [3]. J'ai indiqué certains traits de cette ressemblance [4]. Ses causes sont faciles à découvrir pour peu que l'on considère les caractères de l'autorité paternelle au moyen-âge. La mainburnie, nous le verrons dans un instant, est conçue principalement comme une autorité protectrice et dispensatrice : quand le fils peut se passer de l'appui de son père et cesse de recevoir de lui sa subsistance, de jouir par lui de sa part de patrimoine, il est émancipé, hors de mainburnie. Protectrice

[1] Voyez *Cout. de Montpellier*, 65, dans GIRAUD, I, *Pièces*, p. 63 ; — *Anciennes cout. d'Agen*, 22 et de *Laroque Timbaud*, 14, dans *Revue hist. de droit*, t. X, p. 15 et 174, n. 75 ; — *Bergerac*, 82 ; — Cf. VIOLLET, *Droit privé*, p. 503, 504, texte et n. 1 et 2 ; — GLASSON, *France*, t. VII, p. 147 ; — DU CANGE, v° *Maisnada*.

[2] Cité par FLACH, *Origines*, t. II, p. 457, n. 7.

[3] *Usat. Barchin.* 126, ap. GIRAUD, II, p. 492.

[4] Ci-dessus, p. 334, 335.

et dispensatrice également est l'autorité que le seigneur exerce sur sa ménie, ses compagnons, ses vassaux. Il les défend ; beaucoup d'entre eux vivent sous son toit et à table ; les autres tiennent de lui le fief qui les nourrit et forme la meilleure part de leur fortune. Si l'on ajoute que, dans son essence, le lien de la vassalité est éminemment personnel comme celui de la famille, on verra combien naturellement l'un et l'autre se trouvèrent associés dans les conceptions des hommes d'autrefois.

Aussi, l'amour et le dévouement de l'homme pour l'homme sont-ils le ressort de la société féodale, comme l'amour et le dévouement réciproque des enfants et des parents est le ressort de la famille[1]. Il n'y a qu'un idéal pour tous les rapports sociaux. Au XIVe siècle encore, la très ancienne coutume de Bretagne les réunit tous dans un même article pour les soumettre à une même règle : « Hommes et femmes, tous et chescun, doivent craindre et porter révérence et honneur garder à leurs seigneurs et à leurs dammes, et plus à Dieu et à la benoiste Vierge Marie et es sainz et es sainctes. Et puys amprez, sont tenuz à ceulx qui s'ensuyvent par ordre, comme les enfanz au père et à la mère, la famme à son seigneur espouz, et chescun et chescune à ceulx à qui ils sont tenuz par foy et serment ; et puis à ceux de qui ils ont les vestemenz et les vivres dont ils doivent vivre et sont soutenuz ou siècle ; et puis es seignours et es dammes soubz qui ils demourent, et de qui ils tiennent lours héritages et aultres biens ; et puis es suserains seignours de qui lours seignours tiennent. Et aussi doivent les seignours et les dammes amer leurs subgiz et lours hommes, et les doivent garder de torz et de violences d'eulx et de tous aultres, et les enssaigner à bien faire et à bien dire... quar justice ne fut establie que pour charité »[2].

Ils parlent bien là tous les trois ensemble, les auteurs du vieux coutumier breton, eux qu'on nommait « le saige, le fier et le léal », beaux noms, d'un son lointain pour nous, d'un sens

[1] Cf. FLACH, *Origines*, t. II, p. 527 et s. ; 577 et s. ; — ESMEIN, *Nouvelles théories*, p. 531, 532.
[2] *T. A. C. B.*, 222.

plus lointain encore, mais que l'on dirait joints exprès pour rendre l'idéal que nos pères se faisaient de la vie humaine et de la vie sociale. Ce serait se tromper, d'ailleurs, de croire que cet idéal fût partout réalisé. Qu'il ait été conçu, non par quelques âmes d'élite, mais par des masses d'hommes de tous rangs et de tous pays, c'est déjà merveille, et l'on doit saluer avec reconnaissance l'Eglise qui l'a fait pénétrer partout dans les esprits et dans les cœurs. En pratique, beaucoup cherchèrent sincèrement à s'y conformer; beaucoup aussi, emportés par la violence d'une nature encore barbare, s'y montrèrent infidèles et ne songèrent à user de leur pouvoir que pour satisfaire leurs passions[1]. Il en fut toujours ainsi, il en est encore de même, il n'en sera jamais autrement, en dépit des faiseurs de phrases et des citoyens d'Utopie, tant que les hommes seront des hommes.

Avec le temps, ces notions élevées s'affaiblirent. Le rôle de la féodalité devint aussi moins considérable et la famille féodale perdit son importance primitive. Elle cessa d'être le centre autour duquel s'organisait la force armée. Le seigneur vit son pouvoir se restreindre devant le pouvoir sans cesse grandissant du roi. Il n'est guère plus, à la fin du moyen-âge, qu'un père de famille comme un autre : son domaine n'est pas beaucoup plus vaste, ni son pouvoir beaucoup plus grand.

III

La famille au moyen-âge et dans les temps modernes.

Nous avons tourné successivement nos regards vers l'humble famille des serfs et vers la puissante famille des seigneurs, afin de noter les traits spéciaux de leur organisation et de leur histoire. Considérons maintenant l'ensemble de la société ancienne. Il est aisé de constater, dès l'abord, que si la famille seigneuriale, à cause de son caractère militaire, garde d'une manière plus complète la ressemblance et les traditions de la

[1] Cf. VIOLLET, *Droit public*, t. II, p. 429, 430.

famille germanique, cette ressemblance et ces traditions ne se conservent pas qu'en elle. On les retrouve, dans les pays de coutume, à tous les degrés de l'échelle sociale. La mainburnie coutumière est directement issue de l'antique *mundium*.

J'ai fait connaître le caractère essentiel de la famille germauique. Ce n'était pas une subdivision de la parentèle ; c'était une société d'individus unis par les liens de la communauté domestique[1]. Elle nous est ainsi apparue comme un groupement économique dont la parenté n'est que l'occasion, le commencement, non la condition essentielle ; et le *mundium* paternel, comme l'autorité nécessaire au chef de cette communauté de biens et de vie. Tel est aussi le caractère de la famille coutumière et de la mainburnie : nous y avons trouvé déjà l'origine et l'explication des règles relatives à la capacité d'acquérir de l'enfant, à la responsabilité du père, à l'émancipation par établissement séparé.

Ce caractère s'affirme très nettement dans les locutions coutumières qui se rapportent à l'autorité paternelle. On dit de l'enfant soumis à cette autorité, qu'il est dans la « mainburnie » de ses parents, à leur « pain et pot », « sous leur celle », ou encore, « en leur avouerie ». Emanciper se dit « mettre hors de celle », « hors de pain et pot » ; quelquefois « partir », c'est-à-dire dissoudre la communauté par un partage : « Trois choses partent homme de pooté, disent les vieilles coutumes champenoises, c'est assavoir aage, mariage, feux et leux ». Les coutumes modernes de Vitry et de Châlons s'expriment de la même manière[2].

L'expression « pain et pot » n'a pas besoin d'être expliquée. Que les autres désignent comme elle la communauté domestique, leur évidente synonymie le démontre ; mais il en est encore d'autres preuves.

La « mainburnie » est, par essence, le gouvernement d'une universalité de biens : « Li homs en est mainburnissières », dit Beaumanoir, en parlant de la communauté conjugale.

[1] Cf. ci-dessus, p. 310 et s.

[2] *Li droiz et lis coutumes de Champaigne et de Brie*, 29 ; — *Vitry*, 141, 142 : — *Châlons*, 3.

« Mainburnir », dans son langage, veut dire donner à quelqu'un ce qui lui est nécessaire[1]. Le tuteur est un mainbour : « Bail, garde, mainbour, gouverneur, légitime administrateur et régentant sont quasi tout un », dit Loysel[2]. L'ancienne coutume de Valenciennes[3] déclare que les échevins sont les mainbours de tous les mineurs. Dans la coutume de Liége, le nom de mainbour désigne le mandataire général à qui un absent a confié l'administration de tous ses biens[4].

La « celle » des parents n'est pas autre chose que leur maison, — *casella*, *cella* — symbole de la vie et de la propriété commune.

Se mettre en « l'avouerie » de quelqu'un, c'est lui céder ses biens pour vivre ensuite à frais communs et ne faire avec lui qu'un seul pain et qu'un seul pot[5]. Le texte que j'empruntais à l'instant aux coutumes de Champagne et de Brie est placé sous cette rubrique : « Quelx choses partent home d'avouerie ». Sortir d'avouerie et sortir de communauté par un partage, on le voit, c'est tout un. Plus loin, un autre chapitre du même coutumier a pour titre : « De home de mainmorte qui meurt senz hoir de son corps ou senz avoir en sa voërie » : or il s'agit de la règle qui exclut de la succession mainmortable, au profit du seigneur, les enfants qui ne sont plus en commun avec leur père[6]. Loysel, il est vrai, emploie les mots « vouerie et mainburnie » pour désigner seulement l'autorité paternelle[7] ; mais l'avouerie n'est pas liée à la dignité de père; bien plus, nous l'avons vu, les parents peuvent se placer par contrat en l'avouerie de leurs enfants.

De bonne heure, cependant, la terminologie de nos vieux coutumiers se romanise. On dirait, à les lire, que la *patria potestas* triomphe partout. Les Assises de la Cour des Bour-

[1] BEAUMANOIR, XXI, p. 110, al. 5; 15, p. 86, al. 2 : « Si vouloit Pierre penre de ces vilenages pour les enfans mainburnir de che que il leur falloit... ».
[2] LOYSEL, I, IV, 1; Cf. *Cout. d'Anvers*, citées dans VIOLLET, *Droit privé*, p. 288, n. 4
[3] *Valenciennes*, 27.
[4] *Liège*, XI, 10; Cf. *Metz*, Ord., I, 73, 74.
[5] Cf. ci-dessus, p. 432, 433, 477.
[6] Cf. *Cout. de Resbetz* (*locale de Meaux*, dans RICHEBOURG, III, p. 402).
[7] LOYSEL, I, IV, 2.

geois nous parlent du « fis familias qui est en poïer de son père »[1]. Certains manuscrits du Grand Coutumier de France portent « puissance », au lieu de « celle »[2]. En Picardie[3], au commencement du XIVe siècle, on ne met plus « hors de pain et pot » : on émancipe. Nous avons vu Laurière lui-même se tromper à cette phraséologie toute romaine, et croire la *patria potestas* reçue presque partout, et même à Paris, au XIIIe siècle[4]. Or, sous ces apparences, se cache toute la réalité que des praticiens plus clairvoyants, ou plus attentifs, ou moins épris du droit romain, exprimèrent par la célèbre maxime: « Droit de puissance paternelle n'a lieu ». Ouvrons le livre de Jostice et Plet. L'auteur copie le Digeste et le Code. Voilà toute la *patria potestas*. Mais l'auteur ne l'a pas comprise. Il traduit Ulpien et Gaius; il dit comme eux « *potestas* », « *poër* »; mais c'est de la mainburnie qu'il parle : il l'attribue à la mère et se sert du même mot « *poër* » pour désigner la garde et le bail[5].

Nous avons vu comment, dans certaines coutumes, la mainburnie et la *patria potestas* se sont combinées, et, par leur action réciproque, transformées en une sorte de tutelle. Je n'ai donc pas à revenir ici sur cette forme d'autorité paternelle qui sert, en quelque sorte, de transition entre le droit coutumier et le droit écrit. Il me suffira d'observer que, dans les coutumes même où la puissance paternelle est admise, ce n'est pas la puissance paternelle du droit romain. Elle s'en distingue par des traits essentiels. Elle est souvent donnée à l'un comme à l'autre des parents. Elle n'appartient ordinairement pas à l'aïeul. Nous l'avons vu cesser à la mort de la mère, pour faire place à la garde ou au bail. Elle prend fin par le mariage de l'enfant, voire même, comme la mainburnie coutumière, par tout autre établissement séparé[6].

1 *Cour des Bourgeois*, 15.
2 V. L. Delisle, cité par Salis, p. 155, n, 3.
3 Marnier, *Picardie*, p. 124.
4 Cf. ci-dessus, p. 429, n. 1.
5 *Jostice et Plet*, I, 9, 2 et 3. Il ne faut pas, toutefois, méconnaître le mouvement romain très intense que j'ai indiqué ci-dessus, p. 429 à 431.
6 *Châtellenie de Lille*, XIII, 1.

C'est en pays de droit écrit qu'il faut descendre pour trouver la vraie *patria potestas*. Encore le mariage et la majorité de l'enfant, au moins dans les derniers siècles de l'ancien régime, ne la laissent-ils pas intacte. Elle n'est plus réellement perpétuelle que quant aux biens ; et la mère s'y trouve associée si étroitement en fait, sinon en droit, que l'on pourrait se croire en pays de coutume. Nous en aurons bientôt quelques preuves.

Dès l'aurore du moyen-âge, la mère est ainsi élevée à la même dignité que le père. Nous venons d'entendre l'auteur du Livre de Jostice et Plet lui donner part à la mainburnie. Il en est de même de Beaumanoir, de Jacques d'Ableiges, de Bouteiller, et, plus tard, de certaines coutumes [1]. Rares sont celles qui lui refusent expressément l'autorité [2]. J'ai déjà relevé, dans les deux parties qui précèdent, les acheminements du droit vers cette transformation de l'autorité paternelle en autorité parentale. Effectuée de bonne heure dans la coutume, elle s'y rattache à quatre faits importants de notre histoire juridique : l'effacement progressif de la tutelle des femmes, le développement du régime de la communauté entre les époux, la continuation de cette communauté après la mort de l'un d'eux, la transformation en tutelle de l'autorité du survivant, quel qu'il fût.

C'est du XIe au XIIIe siècle que nous voyons la tutelle des femmes disparaître du droit féodal. Selon les Assises de Jérusalem, l'héritière d'un fief est en bail si elle est mineure : Majeure, elle a le choix de rester en bail ou de réclamer son fief, mais si elle prend ce dernier parti, « elle deit le mariage au seigneur ». Veuve, il faut qu'elle se remarie à la fin de l'an du deuil. On ne la place pas d'office en tutelle ; mais on exige, et c'est tout comme, qu'elle soit toujours en puissance de père, ou de tuteur, ou de mari, sous peine de perdre le fief [3]. En France, une ordonnance de saint Louis fit disparaître, en 1246,

[1] BEAUMANOIR. XXI, 20 ; — ABLEIGES, IX, 40 ; — *Somme rural*, 75 : — *Bailleul*, 11, 1 ; — *Gand*, 21, 1 et 7. De même à Mulhouse, HEUSLER, II, p. 433.

[2] *Montargis*, VII, 2.

[3] *Assises de Jérusalem*, *Haute-Cour*, 180.

les derniers restes de ces exigences, en fixant à 15 ans la majorité féodale des filles : « Li anciens droiz, dit l'auteur du Livre de Jostice et Plet, si est tex que femme n'est à âge à terre tenir devant qu'ele fust mariée; et li rois Loys vost ci fere amendement et establi, par general concire, que feme, puis qu'ele aroit quinze ans fust hors de baill et tenist sa terre[1] ». La même évolution s'accomplit plus tôt encore en dehors de la féodalité. Les veuves d'abord furent affranchies de toute dépendance : « L'aage de la femme, lisons-nous dans le Plédéant, est quant elle est mariée, ou veuve, ou que elle ait voué chasteté »[2]. Nous avons vu que, au XIII[e] siècle, il y a partout pour les filles une majorité qui les fait sortir de tutelle.

La communauté entre époux, que l'on rencontre du X[e] au XII[e] siècle dans les régions les plus diverses[3], et sa continuation après la mort du mari, usage général et déjà ancien à l'époque de Beaumanoir[4], furent certainement pour beaucoup dans cette émancipation légale de la veuve. La mère leur dut, en grande partie, d'être juridiquement associée à l'autorité paternelle. Sans doute, comme le fait remarquer M. von Salis, ce n'est pas la mainburnie antérieure à la mort du père qui se continue, car la mère elle-même y était soumise. « La puissance paternelle, dit-il, ne passe pas à la mère : c'est une forme distincte du *mundium* qui apparaît », et dont l'exercice lui appartient. Mais cette distinction ne paraît pas avoir été faite au moyen-âge. Devenue, par la communauté, l'associée de son mari quant aux biens, la mère fut bientôt habituellement considérée comme son associée en tout le reste. De là vient que les sources du moyen-âge parlent indifféremment de la mainburnie des père et mère et de la mainburnie du père seul. « Dans le dernier cas, dit M. von Salis, on considère la situation juridique du père vis-à-vis de ses enfants, comme possesseur de l'autorité, chef de la maison et de la communauté conjugale; dans le premier, on considère la situation juridique

[1] Ord. de 1246, dans ISAMBERT, I, p. 249; — *Jostice et Plet*, XII, 5, 7.
[2] *Plédéant*, 16 (édit. FOUCHER).
[3] V. VIOLLET, *Droit privé*, p. 775, texte et notes.
[4] BEAUMANOIR, XXI, 2; — MARNIER, *Picardie*, I, 9.

des enfants vis-à-vis de leurs père et mère en ce qui concerne les biens »[1].

Cette remarque, toutefois, n'est pas absolument exacte. Comme je l'ai montré tout à l'heure, l'idée du pouvoir familial et celle de la communauté de biens et de vie sont intimement liées l'une à l'autre. Or, si le mari est, pour sa femme, le chef unique et souverain de la communauté, il n'est pour les enfants que la première de deux puissances. Avec lui, s'il vit, à sa place, s'il meurt, tant que durent l'indivision et la vie commune, la mère peut leur imposer ses volontés. Elle se trouve, dès lors, dans une situation qui doit forcément lui faire donner part à l'autorité paternelle. Pendant le mariage, les acquisitions des enfants, tombant dans la communauté, lui appartiennent comme au père[2]. Le mariage est-il dissous ? La communauté se continue entre elle et ses enfants, comme elle se serait continuée entre eux et leur père ; ou bien elle a, comme le père, la tutelle, la garde, le bail.

Il faut ajouter que l'esprit de la tradition coutumière et germanique était, à l'origine, de considérer en toutes choses les aptitudes de chacun. Qu'il s'agît de répartir les biens, ou de déterminer la capacité, ou d'attribuer l'autorité, on tenait compte de ces aptitudes[3]. Je n'ai pas besoin de faire observer comment on devait, tôt ou tard, se trouver amené de la sorte à concevoir l'autorité familiale comme appartenant à la fois au père et à la mère. Cela est si vrai, que les Assises de Jérusalem, au cas de séparation des époux, donnent, *ipso jure*, à la mère la garde de ses enfants jusqu'à l'âge de sept ans. Le père a droit sur eux ensuite, à moins que de graves motifs n'obligent le juge à rejeter ses réclamations[4].

Il se pourrait, sans doute, que la mère eût part à l'éducation, en fût même exclusivement chargée, sans participer pour cela à l'autorité paternelle. Nous avons vu le fait se pro-

[1] SALIS, p. 152, 156.
[2] *Clermont de 1496*, ap. SALIS, p. 158.
[3] Cf. GLASSON, *Successions barbares*, p. 11, texte et n. 4 ; — LEHUÉROU, p. 95 et s. ; — FLACH, *Origines*, II, p. 453.
[4] Voyez ci-dessus, p. 518.

duire à Rome même, « *sine deminutione patriæ potestatis* ». Mais quels étaient les droits que la *patria potestas* conservait alors au père ? Acquérir par ses enfants, consentir à leur mariage, avoir ses petits-enfants en sa puissance. Or, remarquons-le bien, de ces trois effets principaux de l'autorité paternelle, le premier se produit, dans la coutume, en faveur de la communauté, c'est-à-dire des père et mère, et le dernier ne se produit pas du tout. Reste le second ; mais, d'une part, les parents sont appelés l'un et l'autre à consentir au mariage, et, d'autre part, ni le consentement de l'un, ni celui de l'autre ne sont indispensables pour sa validité. La conclusion s'impose. Les droits qui pouvaient être détachés de la *patria potestas* sans qu'elle fût amoindrie, « *sine diminutione* », sont essentiels à l'autorité paternelle coutumière. Dès lors que la mère fut de moitié dans les acquisitions de son enfant ; que son autorité et celle du père, en cas de veuvage, furent semblables ; et qu'on lui reconnut un droit propre de garde et d'éducation, elle se trouva associée en droit au pouvoir du père. L'autorité paternelle était transformée en autorité parentale.

La difficulté de préciser le moment où cette transformation s'achève vient uniquement de ce que nous nous trouvons en présence d'une législation coutumière. Le droit s'y forme insensiblement de la répétition du fait, et n'est souvent fixé par un texte que longtemps après sa naissance. Mais on peut affirmer que, quand nos anciens auteurs disent, avec Pothier, « notre puissance paternelle est commune au père et à la mère [1] », ils ne font que constater une tradition juridique remontant aux XII[e] et XIII[e] siècles.

Le père a seul la puissance paternelle en pays de droit écrit, quoique la mère ne soit ni moins respectée ni moins souveraine qu'en pays de coutume. La religion a mis dans les mœurs l'unité que les lois ne présentaient pas. Du nord au midi, c'est d'après le même « type traditionnel de la mère de famille, tel que la créé et popularisé le christianisme [2] », que

[1] POTHIER, *Cout. d'Orléans*, IX, 1. n° 3 ; — Cf. FLEURY, *Hist. du droit français*. I, 225.
[2] DE RIBBE, *Familles*, II, p. 111.

se forme, en pratique, l'idée du rôle maternel au foyer familial. Au cours de ses belles études sur la famille dans l'ancienne France, M. de Ribbe a pu, sans produire de dissonnance, réunir dans le chapitre consacré à la mère des textes très divers par leur âge et par leur pays d'origine. Il nous suffira de nous rappeler la situation privilégiée que fait très souvent à la veuve, dans les pays méridionaux, le testament de son mari, pour nous rendre compte de sa situation au foyer domestique et de son association de fait à l'autorité, du vivant même de son époux [1]. Nous pouvons donc conclure, en toute vérité, que la *patria potestas* et le *mundium*, tout en conservant leurs caractères distinctifs, se sont changés avec le temps, celui-ci juridiquement, l'un et l'autre en fait, en autorité parentale. Nous rencontrerons d'ailleurs bientôt, en pays de droit écrit, plus d'un trait particulier à la famille coutumière.

J'ai montré, dans les précédentes parties de cette étude, que l'idée de collectivité dominait toute l'organisation familiale germanique. Le père était avant tout le chef et le représentant de la collectivité. La famille, que nous concevons aujourd'hui comme reposant uniquement sur la parenté, y reposait principalement sur la communauté d'existence, engendrant la solidarité des personnes et la communauté des biens. Nous venons de retrouver dans la mainburnie coutumière ce caractère primitif du *mundium*. Nous allons retrouver de même, dans la famille soumise à cette mainburnie, les deux caractères primitifs de la famille franque. Solidarité et copropriété familiale s'y manifestent avec d'autant plus de force et de netteté que l'on remonte davantage vers les origines. Le temps les atténue à mesure que l'on s'en éloigne ; mais leurs traces subsistent, très visibles, jusqu'à une époque relativement récente, et l'idée de copropriété familiale a donné naissance à de nombreuses institutions, dont plusieurs subsistent de nos jours.

L'antique respect pour le foyer familial, pour les traditions, pour la sépulture des ancêtres est encore, au moyen-âge, ce

[1] Cf. ci-dessus, p. 502.

qu'il était à l'époque franque. La maison est inviolable : « Aucuns cuidérent que l'en ne puisse nus de sa meson trere en plet, pour ce que sa meson est à chascun séguer refuige... et cil qui est en sa meison puet estre semons, mès l'en ne le doit pas trere de sa meison ». Ainsi parle l'auteur du livre de Jostice et Plet[1]. A la même époque, la Glose du Décret, tout en admettant que chacun puisse librement choisir le lieu de sa sépulture, déclare le fils obligé de respecter la tradition familiale. S'il s'en écarte, en désignant pour lui-même une autre tombe que celle de ses pères, cela ne doit être que pour des motifs raisonnables, et non par indifférence ou dédain[2]. Un peu plus tard, une décrétale de Boniface VIII nous apprend que la coutume, en beaucoup de lieux, ne permettait pas au père de placer le corps de ses enfants mineurs autre part que dans le tombeau des ancêtres. La force de cette tradition se révèle dans la décision formulée par le même Pape pour le cas d'une personne morte hors de chez elle sans avoir désigné le lieu de sa sépulture. Autant que possible, dit-il, il ne faut pas l'enterrer dans l'église du lieu où elle est morte. « *In ea potius in qua majorum ejus ab antiquo sepultura exstitit, sepeliri debet*[3] ». Quant au respect, à l'amour des traditions familiales, les preuves en sont connues de tous. Je veux parler des livres de raison, dont l'usage se conserva dans beaucoup de familles jusqu'au commencement de ce siècle, et n'est pas encore entièrement perdu.

Ce n'est pas seulement dans le domaine moral et par ces manifestations de l'esprit de famille que la notion de la solidarité familiale s'affirme. Nous avons recueilli, au XIe siècle, un témoignage frappant du souverain domaine alors attribué à la famille sur la personne de ses membres[4]. Nous avons constaté le rôle effectif dévolu, par l'usage et par les lois, aux proches parents pour le mariage des enfants, les aliénations de propres, le partage d'ascendant et certaines

[1] *Jostice et Plet*, II, 7, 2 à 4.
[2] *Corp. jur. can.*, *Glose*, ad. II, 13, 2, 3 « *Unaquæque mulier* », § 9.
[3] *Sext. Decr.*, III, 12, 3 et 4.
[4] Cf. ci-dessus, p. 354, 355.

adoptions[1]. Nous avons vu, en plein pays de droit écrit, le père rendu responsable des délits commis par sa femme, ses enfants ou toute autre personne de sa ménie, sans avoir d'autre moyen de se soustraire à cette responsabilité que de chasser le coupable. A l'inverse, au XIII[e] siècle, le bailli du duc de Normandie avait coutume de faire emprisonner les proches parents des criminels qu'il ne pouvait atteindre[2]. A cette époque, il est vrai, c'était un abus; mais ne dérivait-il pas d'un usage autrefois légitimé par une organisation sociale différente ? On est bien tenté de le croire.

Ces antiques manifestations de la solidarité familiale ne se rencontrent pas qu'en Normandie. « Par l'ancien droit de la France, dit Laurière[3], lorsqu'un seigneur vassal du roi était criminel de félonie pour avoir pris les armes contre sa Majesté, si ce vassal avoit des enfants, non seulement ils ne succédoient pas à leur père criminel, mais pas même à leur mère, tant que leur père vivoit. Ce que nous apprenons des lettres suivantes de Louis VIII, de 1225, accordées à Marie, comtesse de Ponthieu, femme de Simon, frère de René, comte de Boulogne, dont Simon le mari étoit criminel envers le Roi. . » Et Laurière reproduit ces lettres qui lèvent l'incapacité de succéder « *tam ex parte patris quam ex parte matris* ». C'est là sans doute une disposition empruntée à la loi *Julia Majestatis,* que Bouteiller fait entrer aussi dans sa Somme rural[4]. Mais lorsqu'on la compare au droit, certainement coutumier, que nous venons de rencontrer en Normandie pour l'homicide, on ne peut s'empêcher de la mettre au nombre des dispositions nombreuses pour lesquelles nos vieilles coutumes empruntent le langage des lois romaines parce qu'il se trouve exprimer exactement une loi coutumière.

En Picardie et en Normandie, toujours au XIII[e] siècle, les parents du meurtrier sont actionnés par ceux de la victime en

[1] Cf. ci-dessus, p. 426, 427, 450, 451, 477, 521 et s.
[2] MARNIER, *Normandie*, p. 44, 45.
[3] Sur LOYSEL, VI, II, 25.
[4] *Somme rural*, I, 39; — C. Just., IX, 8, 5, § 1 à 3.

paiement d'une composition et même mis à mort[1]. On se croirait à l'époque franque. Il en est de même en Beauvoisis : Beaumanoir nous l'apprend. Pourquoi est-il utile, selon lui, que « çascuns sace en quel degré de lignage on li apartient ? — Par plusors resons, si come,... por ce qu'on puist requerre son ami de soi aidier de se guerre... [2] ». Et de quelles guerres s'agit-il ? Des guerres privées destinées à venger un meurtre ou un outrage, pour lequel on n'a pas voulu, soit payer, soit recevoir de composition. « Coustume sueffre les guerres en Biauvoisins entre gentix-homes pour les vilenies qui sont faites as parans ». Seuls, les bourgeois et gens de poesté n'ont pas le droit de faire guerre et ne peuvent que s'adresser à la justice. Si même le fils de l'un d'eux tuait le meurtrier de son père, il serait passible de la peine du meurtre, « si ainsint n'estoit, ajoute Beaumanoir, que celi qui son pére aroit tué fust banis sor le hart, por le fet duquel il ne s'oze trere avant por atendre droit. Car en tel cas est donés congiés au lignage de penre tix qui lor ont meffet, aprés ce qu'ils sont bannis, ou mors ou vis ». Même pour les nobles, du reste, le juge doit agir d'office afin de prévenir la vengeance, malgré que, « li lignage d'une partie et d'autre voelent former le fet en guerre... car cil qui font les meffés ne meffont pas tant solement à lor adverses parties ne à lor lignage, mais as seigneurs qui les ont à garder et à justicier ». Ainsi, les notions d'ordre public tendent à faire disparaître l'ancien droit et l'ancien devoir familial de vengeance, comme moyen de faire régner la justice. Cet attribut de la famille passe à l'État. Il était à tous au temps où tout homme libre était un guerrier ; il n'est plus maintenant qu'aux nobles, dont c'est devenu le privilége d'être gens de guerre, et l'on cherche à le restreindre de plus en plus.

La vieille idée de solidarité subsiste cependant toujours. Les parents qui concourent à la vengeance, en effet, remarquons le bien, ne figurent pas dans la guerre simplement comme aides :

[1] Marnier, *Picardie*, 30 et *Normandie*, p. 27 : « Se li homicide puet acquerre la pès as amis à cels que il a ocis... » — Adde : *Coutume de Malthay*, 19, dans Giraud, II, p. 411.

[2] Beaumanoir, XIX, 1.

ils sont tenus comme personnellement offensés ; à telles enseignes, qu'ils peuvent se refuser à garder la paix conclue par les chefs de guerre : « Quant pès se fet entre les chevetaignes de le guerre, ele doit tenir entre tous les lignages de l'une partie et de l'autre, exceptés chaus qui dient ou mandent que il ne vuelent pas estre à le pès... A che qui est dit en cel chapitre des guerres, ajoute Beaumanoir, puet l'en voir que li gentix-homes chieent en guerre pour le fet de leurs amis, tout ne fussent-il pas au fet... »[1]. Offenseurs ou offensés même sans le savoir, par la seule vertu de la solidarité familiale, ils se trouvent par là exposés à de grands dangers. « Trop mauvese coustume souloit courre en cas de guerre, el royaume de France, dit encore Beaumanoir ; car quant aucun fet avenoit de mort, de mehaing, ou de bateure, chil à qui le vilenie avoit esté fete regardoit aucun des parens à chaus qui li avoient fet le vilenie et qui manoient loin du lieu là où li fet avoit esté fet, si que il ne savoient rien dou fet, et puis aloient là de nuit et de jour, et si tost comme il le trouvoient il l'ocioient ou mehaignoient ou batoient ou en faisoient toute lor voulenté... »[2].

La quarantaine le roi, dont Beaumanoir attribue l'institution à Philippe-Auguste, porta remède à cet état de chose ; mais la guerre resta un devoir de famille, imposé par la solidarité à certains proches parents, à ceux-là même qui vivaient jadis habituellement dans la communauté domestique et au degré desquels le mariage était, de ce chef, interdit : « Il soloit estre, dit Beaumanoir, qu'on se vengeat par droict de guerre dusqu'au septisme degré de lignage, et ce n'estoit pas merveille el tans d'adont, car devant le septisme degré ne se pooient fere mariages. Mes aussi comme il est approciés que mariages se pot fere puis que li quars degrés est passés, aussi ne se doit-on pas penre por guerre à personne qui soit plus lointaine de lignage que el quart degré[3] ». Il ne semble pas que les parents de l'offensé pussent se dérober à ce devoir.

[1] BEAUMANOIR, ch. LIX, p 300 à 302.
[2] BEAUMANOIR, ch. LX, p. 306.
[3] BEAUMANOIR, ch. LIX, 20.

Ceux de l'offenseur pouvaient s'y soustraire en remplissant devant la justice certaines formalités, sorte de désaveu solennel, accompagné du serment de ne se point mêler à la guerre.

Les mêmes coutumes étaient encore reçues en Vermandois et dans le centre de la France, à la même époque, sauf peut-être à Chartres et à Orléans. Au XIV[e] siècle, la vengeance privée ne se présente guère plus que comme un abus auquel les rois et les parlements font incessamment la guerre[1]; mais, beaucoup plus tard, on trouve encore, dans les coutumes de Haynaut, le vieux nom de *paix* donné aux réparations pécuniaires dues par le meurtrier aux parents de sa victime : « Quiconque commettra homicide, prétendant faire paix, la devra traiter avec le survivant des deux conjoints et l'aîné des enfants du mariage. . » ; et le chapitre est intitulé : « De paix d'homicide en ligne directe[2] ».

Nous pouvons donc relever dans la législation, jusqu'aux derniers siècles de l'ancien régime, les vestiges de l'antique solidarité familiale en ce qui concerne les rapports personnels entre proches parents. Plus nombreux et plus durables sont-ils en ce qui concerne les rapports patrimoniaux. J'ai expliqué comment la copropriété familiale n'avait pas mis obstacle à l'établissement du droit d'aînesse entre les nobles ni fait naître parmi eux l'usage des communautés taisibles. Il n'en fut pas de même en roture. Les communautés taisibles y furent pratiquées. L'égalité y resta la loi des partages[3], et nous avons vu que, d'après les Établissements de St-Louis, le roturier ne peut être exhérédé même pour inconduite notoire[4]. L'origine de ces règles n'est autre que la copropriété familiale : les termes dont nos vieux coutumiers se servent le démontrent à l'évidence. Pourquoi, d'après eux, cette égalité ? Tous ceux d'Anjou et de Touraine

[1] Voyez les deux premières notes de LA THAUMASSIÈRE sur le chapitre LIX de BEAUMANOIR, p. 447.

[2] *Haynaut de 1619*, XIX, 1.

[3] *Lille*, I, 24 ; — *Châtellenie de Lille*, II, 67 ; — *Douay*, I, 19 ; — *Haynaut*, A. 27 à 29 ; *N.* ch. XIX.

[4] *Etablissements*, I, 144 ; Cf. VIOLLET, *Introd. aux Établissements*, t. I, p. 127. On se souvient que Beaumanoir admet au contraire d'une manière générale cette cause d'exhérédation.

répondent à peu près de la même façon : « Borse a vilain si est patrimoines, selonc les usaiges de la court laye[1] ». Liger veut-il dire que ce qui excède le disponible coutumier doit être réservé aux héritiers ? Il dira : « Le résidu doit demourer pour patremoyne ». Or, qu'est-ce que ce résidu ? Ce sont les propres, les immeubles familiaux : eux seuls sont réservés et désignés sous ce nom de patrimoine[2]. Il y a donc une synonymie assez accentuée, aux yeux des jurisconsultes du xv[e] siècle, entre les mots : « propres, patrimoine, réserve héréditaire ». Souvenir des temps où tout ce qui était patrimoine était à la fois propre et réservé aux héritiers.

Il n'y a que de rares exceptions à cette égalité en roture : je veux parler du privilège de juveigneurie, ou maineté, que l'on rencontre dans quelques coutumes, notamment dans le Nord et en Bretagne[3], et dont j'ai indiqué déjà le caractère et l'origine. Il existe une coutume analogue dans la Haute-Alsace, où elle s'observe sans que l'égalité soit atteinte : le foyer est, de droit, mis dans le lot du plus jeune fils[4]. Ce souci de conserver le foyer à la famille, dans les régions où la coutume ne lui donne pas satisfaction, se fait jour dans les testaments. M. de Ribbe en cite un exemple bien caractéristique[5]. Entre nobles même, nous l'avons vu, le privilège d'aînesse conserva toujours quelque chose d'exceptionnel. C'est encore une trace de l'antique notion de copropriété familiale. Les faits que j'ai cités dans le cours de cette étude révèlent combien forte, vivace et claire se maintenait encore, au début des temps modernes, cette notion tant affaiblie et obscurcie depuis lors.

Bien des règles coutumières, cependant, sont marquées à son empreinte. Telle, la règle : « Institution d'héritier n'a point

[1] Viollet, *Établissements*, I, 136 ; — Beautemps-Beaupré, *Touraine-Anjou*, 142 ; — *Glosées*, 131 ; — *Liger*, 461.

[2] Beautemps-Beaupré, *Liger*, 851, 853, 854 ; — Cpr. *Touraine*, 238 ; — *Lodunois*, XXV, 1 ; — *Anjou*, 340 ; — *Angoumois*, 49.

[3] *Usances de Cornouailles*, 32 ; — Cf. Glasson, *Successions au moyen-âge*, p. 92 et s.

[4] Bonvalot, *Cout. de la Haute-Alsace*, cité dans de Ribbe, *Familles*, I, p. 236, n. 1.

[5] de Ribbe, *Familles*, I, p. 235, 236. Quelques rares coutumes ont fait passer le droit d'aînesse de la succession noble à la succession roturière (V. *Ponthieu*, 1 et 3 ; — *Boulenois*, *A.* 27 ; *N.* 68).

de lieu ». La plupart des coutumes l'entendaient de la validité du testament sans institution d'héritier ; mais quelques-unes l'interprétaient en déclarant cette institution absolument nulle[1]. « Ceci, remarque M. Paul Viollet, rappelle les paroles bien connues de Glanville : *Solus Deus heredem facere potest, non homo*[2] ». C'est-à-dire que le droit d'héritage ne dépend ni de la volonté du père ni de celle du législateur, mais du fait d'être membre de la famille, en un mot, de la copropriété familiale. Telle est encore la règle de premesse, qui imposait au vendeur d'un propre l'obligation de l'offrir préalablement au prême, c'est-à-dire au plus proche parent du côté d'où le propre était venu. Cette règle, que les anciens usages d'Amiens formulent encore[3], a fait place au retrait lignager, qui permet au prême de reprendre l'héritage après la vente, en remboursant le prix à l'acquéreur. Ce droit est reconnu même en plusieurs régions du Midi[4]. Le fils peut l'exercer contre les ayants-cause de son père[5].

Toutes les règles particulières à la succession aux propres présentent du reste le même caractère. Le bien patrimonial est, par nature, affecté à la famille. Nous en avons déjà rencontré de nombreuses preuves. Les règles coutumières « *propres ne remontent* » et « *paterna paternis, materna maternis* », témoignent aussi de cette affectation. On les rencontre au moyen-âge en plein pays de droit écrit : à Montpellier, dans le Quercy, le Languedoc, la Gascogne. C'est plus tard qu'elles en disparaissent, sous l'influence toujours croissante des lois romaines[6].

On n'a pas oublié avec quelle difficulté la représentation, appelée à se généraliser comme conséquence du droit des descendants sur le patrimoine, parvenait à prévaloir à l'époque

[1] *Nivernois*, XXXIII, 10 ; — *Vitry*, 101.

[2] GLANVILLE, VII, 1, ap. HOÜARD, *Coutumes*, I, p. 474 ; — VIOLLET, *Droit privé* p. 889.

[3] MARNIER, *Picardie*, p. 148, 149, art. 5 ; Cf. ci-dessus, p. 266 texte et n. 2.

[4] JARRIAND, *Succession coutumière*, p. 30 et s. ; 222 et s.

[5] VIOLLET, *Établissements*, I, 10 ; — ABLEIGES, II, 34 ; — BEAUMANOIR, XLIV, 23 ; — *Las costumas de la villa de Bordeü*, 85.

[6] JARRIAND, *ubi suprà*. On sait le sort de la tentative de Michel de l'Hôpital pour les y rétablir.

franque. La renaissance du droit de Justinien, à partir du XIIe siècle, hâta son triomphe. Elle est admise en 1224 par la jurisprudence de l'Echiquier normand[1] ; en 1323 par celle du Parlement de Flandre[2]. Les coutumes l'adoptent l'une après l'autre. « Jadis, représentation n'avoit point de lieu, dit Loysel ; maintenant elle est reçue quasi partout en ligne directe[3] ». Quelques coutumes, pourtant, ne l'admettent qu'en partie[4] ; d'autres, au premier degré seulement[5]. Elle ne fut reçue à Arras qu'en 1745[6], et, dans plusieurs lieux de la même région, on la repoussa jusqu'à la fin[7].

L'exclusion des filles de la succession, conséquence antique de la copropriété familiale, ne s'était guère maintenue avec son caractère primitif que dans le droit féodal. Dans le droit commun des coutumes, elle a revêtu presque partout une forme nouvelle. Elle ne s'applique plus à toute fille, mais seulement à celle qui a reçu une dot. Elle ne se rattache plus à une incapacité de succéder spéciale à la fille, mais au principe général qui peut se formuler ainsi : Sont exclus de la succession, tous ceux qui sont sortis de la communauté familiale ; car nul n'en peut sortir sans abdiquer son droit, ou sans en avoir reçu l'équivalent. C'est toujours la même idée, le même but : les biens, les immeubles surtout, sont à la famille, il faut les lui conserver ; mais cette idée se manifeste d'une autre manière, ce but s'atteint par d'autres moyens. La fille dotée, mariée par conséquent, est sortie de la famille : elle sera donc exclue de la succession. Le fils, en pareil cas, ne l'est-il pas lui-même ? On applique donc, à l'origine, la règle dans toute sa rigueur[8]. Si petite que soit la dot,

[1] MARNIER, *Normandie*, p. 147. « Ce n'est pas orandroit gardé, je ne sais comment ce est », dit le compilateur de ces textes.

[2] VIOLLET, *Droit privé*, p. 835, n. 1.

[3] LOYSEL, II, v, 5.

[4] *Arrestez de M. le PP. de L.*, p. 254, 255.

[5] *Valenciennes*, 125 ; — *Chimay*, II, 5.

[6] VIOLLET, *Droit privé*, p. 835, n. 7.

[7] *Ponthieu*, 8 ; — *Boulenois*, 75, 83 ; — *Chauny*, 36 ; — *Haynaut*, XC, 5 ; — *Artois*, 93.

[8] VIOLLET, *Établissements*, I, 11 ; — BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Anjou de 1411*, 163 ; *Usaiges, stilles...* 128 ; — *Touraine*, 284 (pour les nobles) ; — *Assises d'Antioche*, citées par SALIS, p. 179, n. 2 ; — *Normandie*, 250 ; — Cf. DESMARES, 236.

fût-ce un « chappel de roses », comme disent les coutumiers d'Anjou et de Touraine, l'exclusion n'en a pas moins lieu. Les anciens usages d'Amiens, il est vrai, appellent à la succession l'enfant qui n'a rien reçu ; mais ils exigent que le mariage sans dot ait eu lieu, de plus, sans le consentement paternel. C'est que l'enfant, alors, n'est pas sorti de la famille. Si ce consentement est intervenu, au contraire, il est *forisfamiliatus* et, comme tel, exclu de la succession lors même qu'on ne lui aurait rien donné[1].

Plus tard, les notions premières s'affaiblissent. La sortie de la famille, d'abord cause principale de l'exclusion, n'a plus qu'une médiocre importance. La dot, au contraire, passe du second rang au premier. Si l'enfant est exclu, c'est avant tout parce qu'il a reçu, sous forme de dot, sa part du patrimoine. Il devait nécessairement en résulter d'abord que les enfants mariés sans avoir été dotés fussent appelés à la succession ; ensuite, que les dotés fussent admis à réclamer un supplément au cas où la dot ne serait pas égale à leur part d'héritage.

De bonne heure cette double conséquence se produit. Il n'y a plus d'exclusion sans dot ; et la dot, le « mariage avenant », doit constituer une compensation raisonnable[2]. Les textes angevins cessent de faire mention du « chappeau de roses ». Ici, le mariage avenant est défini : « la portion de patrimoine en laquelle la fille pourrait succéder[3] ». Là, on accorde à la fille dotée la faculté de venir au partage, à charge de rapport[4]. Presque partout, on veut qu'elle ait, de toutes façons, sa légitime[5].

L'antique exclusion se restreint ainsi de toutes parts en pays de coutume. Par contre, la fille dotée est écartée de la succession en plus d'un pays de droit écrit[6]. Dans tous, l'usage s'est

[1] Marnier, *Anciens usages d'Amiens*, 9, p. 158.
[2] *Jostice et Plet*, XII, 6, 17 : « Quanquez pere et mere fet de ses choses *resonablement* au marier ses enfanz est estable... ».
[3] *Lodunois*, XXVI, 5.
[4] Beautemps-Beaupré, *Anjou de 1411*, 163 (pour les roturiers) ; — *Bourgogne* (xiiie-xive siècle), 12, 15, dans Giraud, II, p. 271.
[5] Masuer, XXXII, 25 ; — Loysel, II, v, 25.
[6] V. les statuts et coutumes indiqués par Gide-Esmein, p. 441 ; — Viollet. *Droit*

introduit qu'elle renonce à ses droits dans son contrat de mariage. Cette renonciation, sans doute, est nulle d'après la loi romaine : mais le droit canonique a permis d'abord de couvrir cette nullité au moyen d'un serment[1], et, dans la suite, ce serment même est tombé en désuétude. Quelques statuts méridionaux interdisent, en outre, de comprendre dans la dot autre chose que des objets mobiliers. « Dans cette difficulté de doter les filles en immeubles, dit M. P. Viollet, je n'hésite pas à apercevoir un écho de ces prescriptions des lois barbares, qui, si elles n'excluent pas entièrement les filles de toute succession, les excluent du moins rigoureusement des successions immobilières »[2].

Nous avons vu se produire ainsi, du commencement du moyen-âge aux derniers siècles de l'ancien régime, un mouvement de flux et de reflux qui pousse le droit familial coutumier vers les pays de droit écrit; et le droit familial écrit, droit romain tout imprégné de christianisme, vers les pays de coutume. Nous avons constaté même la naissance, entre la *patria potestas* et la mainburnie, d'une autorité paternelle tenant à la fois de l'une et de l'autre, et réalisant, dans les lois de certaines provinces, le type moyen auquel les mœurs étaient à peu près partout arrivées. Du nord au midi, l'autorité paternelle et la vie familiale, telles que les traditions de la race et les enseignements de l'Eglise les avaient faites, offraient, en effet, dans les mœurs, les mêmes caractères.

La fidélité aux traditions familiales et au souvenir des ancêtres, l'attachement au foyer domestique et à la terre patrimoniale, leur donnaient la stabilité et l'unité en réunissant tous les cœurs, toutes les pensées autour d'un même centre. Par là, chacun prenait conscience du lien de solidarité qui l'unissait aux vivants, aux morts et aux générations futures.

A cet esprit de famille et de tradition venait se joindre le sens de l'autorité. Cette autorité était forte, mais douce, et

privé, p. 826-827; — JARRIAND, p. 228-231, 239. Autres textes encore dans : VON SALIS, p. 197-198.

[1] *Sext. Decr.*, I, 18, 2 (BONIFACE VIII).

[2] VIOLLET, *Droit privé*, p. 827.

entourée d'un respect profond qui n'excluait pas la tendresse. La vie familiale était simple et digne. Ce qui frappe surtout à la lecture des livres de raison ou des biographies anciennes, c'est la gravité, la pondération, l'ordre apportés en toutes choses, dans les sentiments comme dans les affaires. On a l'impression que le foyer domestique est considéré comme un lieu saint, et que la famille est une école d'où sortiront des caractères fortement trempés. Il y a des exceptions, sans doute. Les passions jouent leur rôle comme aujourd'hui, et elles sont parfois plus violentes. La vie mondaine avec son luxe, ses exigences et ses intrigues, existe comme de nos jours, mais elle entraîne une moins grande part de la société, elle stérilise moins d'existences, elle trouble et désorganise moins de foyers. En général, la vie est simple, sérieuse, vraiment familiale. « Deux vénérables jurisconsultes d'Aix, dit M. de Ribbe, échangeant plus-tard leurs souvenirs de jeunesse, rappelaient combien recueillis étaient, dans leur intérieur, les magistrats du temps de Louis XIII. « Ils n'estoient vus, dit l'un deux, qu'aux rues conduisant au palais, et ils vivoient chez eux en si grande simplicité, qu'au feu de la cuisine, quand le mouton tournoit à la broche, le mari se préparoit pour le rapport d'un procès et la femme avoit la quenouille[1] ».

« Nos pères, dit également La Bruyère, ne savaient point encore se priver du nécessaire pour avoir le superflu, ni préférer le faste aux choses utiles. L'étain, dans ce temps, brillait sur les tables et sur les buffets, comme le fer et le cuivre dans les foyers. L'argent et l'or étaient dans les coffres. Les femmes se faisaient servir par des femmes; on mettait celles-ci jusqu'à la cuisine. Les beaux noms de gouverneur et de gouvernante n'étaient pas inconnus à nos pères : ils savaient à qui l'on confiait les enfants des rois et des plus grands princes; mais ils partageaient le service de leurs domestiques avec leurs enfants, contents de veiller eux-mêmes immédiatement à leur éducation. Ils comptaient en toutes choses avec eux-mêmes; leurs dépenses étaient proportionnées à leurs recettes; leurs

1 DE RIBBE, *Familles*, II, p. 130.

livrées, leurs équipages, leurs meubles, leur table, leurs maisons de la ville et de la campagne, tout était mesuré sur leurs rentes et sur leur condition. Il y avait entre eux des distinctions extérieures qui empêchaient qu'on ne prît la femme du praticien pour celle du magistrat, et le roturier ou le simple valet pour le gentilhomme. Moins occupés à dissiper ou à grossir leur patrimoine qu'à le maintenir, ils le laissaient entier à leurs héritiers et passaient ainsi d'une vie modérée à une mort tranquille. Ils ne disaient point : le siècle est dur, la misère est grande, l'argent est rare. Ils en avaient moins que nous et en avaient assez, plus riches par leur économie et leur modestie que de leurs revenus et de leurs domaines. Enfin, l'on était pénétré de cette maxime que ce qui est dans les grands splendeur, somptuosité, est dissipation, folie, ineptie dans le particulier »[1].

C'est, en effet, à l'époque qui précède celle de La Bruyère, qu'il faut faire remonter le commencement de la décadence de la famille et de l'autorité paternelle. Il passe de toutes parts, à dater de la Réforme, un souffle dissolvant d'égoïsme. L'esprit d'individualisme détruit l'esprit de famille. Il engendre, chez les supérieurs, un esprit de domination et de despotisme et, chez les inférieurs, un esprit de révolte, qui gagneront peu à peu jusqu'aux rapports entre les pères et les enfants. Pour la conduite de la vie, la notion du bien est supplantée par celles de l'agréable et de l'utile. Les intérêts moraux s'effacent devant les intérêts matériels. L'amour du luxe et des jouissances, les ambitions déplacées, le mépris des humbles devoirs du foyer, remplacent la simplicité, l'ordre et la régularité d'autrefois. On commence à rougir de la condition de ses pères. « Je m'émerveille, dit Bernard Palissy, d'un tas de fols laboureurs, qui, soudain qu'ils ont un peu de bien gaigné avec un grand labeur en leur jeunesse, auront honte aprés de faire leurs enfants de leur estat de labourage, ains les feront du premier jour plus grands qu'eux-mêmes. Et ce que le pauvre homme aura gaigné à grand peine et labeur, il en despensera une grande partie à

[1] La Bruyère. ch. VII : de la Ville, *in fine*.

faire son fils monsieur, lequel monsieur aura encore honte de se trouver en compaignie de son père et sera déplaisant qu'on dira qu'il est le fils d'un laboureur[1]. » On donne aux filles des dots démesurées. « Au xv[e] siècle, dit M. de Ribbe, même dans les familles d'aristocratie, les dots ne vont pas au-delà de mille à deux mille florins, c'est-à-dire de vingt à quarante mille francs... Un de nos livres de raison de Provence nous fournit comme élément d'observation, la série des contrats de mariage d'une famille depuis le xv[e] siècle jusqu'au xviii[e] :

29 octobre 1433.	300 florins[2].
7 mars 1477.	1.000 florins.
7 août 1534.	1.200 florins.
15 décembre 1582.	1.200 écus d'or.
23 avril 1613.	7.500 livres.
20 novembre 1644.	16.000 livres.
31 janvier 1677.	15 000 livres.
21 mai 1707.	44.000 livres.
27 avril 1734.	360.000 livres.
5 octobre 1765.	150.000 livres.

Les cartes hydrographiques indiquent les lignes de partage des eaux. Ici, la ligne de partage est bien marquée et elle est tout à fait significative[3] ». Une page du livre de raison d'une famille noble, citée par le même auteur, rend bien sensibles, sous une autre forme, les mêmes transformations de la vie familiale. « Notre petit bien s'est accru peu à peu, y lisons-nous, par le bon ménage de nos auteurs. Il faut avouer aussi que le luxe n'était pas si généralement répandu qu'il l'est à présent.

« J'ai ouï dire à mes oncles que mon arrière grand-père n'était jamais habillé que de cadis, avec du drap de trame et des courroies à ses souliers. On ne connaissoit point les perruques, ni autres semblables drogues, auxquelles on emploie plus d'argent à cette heure qu'on n'en dépensoit alors à tout l'ordinaire de la maison : moyennant quoy il n'étoit pas malaisé de faire des capitaux.

[1] Palissy, *Œuvres*, p. 87.
[2] Le florin provençal valait de 16 à 20 fr. de notre monnaie.
[3] De Ribbe, *Familles*, II, p. 172.

« On mangeoit à la cuisine avec les lampes, on n'avoit qu'un feu, on pétrissoit. La maîtresse de la maison garnissoit elle-même la besace de ses valets et les faisoit partir pour le travail à l'heure qu'il falloit. C'étoit l'usage reçu alors ; si on vouloit en agir de mesme à présent, on se feroit montrer au doigt.

« On ne connoissoit pas la tapisserie ni les étoffes de soie aux lits : point de chaises rembourrées autrement qu'avec de la paille. J'ay vu encore le salon à manger d'hiver avec des bars (pierres de taille plates), pour pavé, deux grosses caisses de noyer devant les fenêtres, la garde-robe de bois d'olivier et un lit en toile peinte, avec la tapisserie en cuir doré. C'est mon oncle qui l'a fait accommoder comme il est, avec le buffet ; il m'en coûta bien de 6 à 700 livres.

« Le premier qui se tira de cet usage fut mon grand-père. Il voulut aller à Paris, et dans un an il dépensa 14,000 livres ; ce qui fit dire à son père qu'une paire de lunettes, qu'il luy apporta en présent, lui coûtoit 14,000 livres.

« Il y avait déjà un équipage dans la maison et quatre chevaux blancs. Mon grand-père vint de Paris avec un grand goût pour les chevaux de main. Il étoit bel homme et menoit fort bien un cheval ; il y en eut toujours depuis lors de fort jolis dans son écurie. Il avait amené de Paris un valet de chambre, duquel son père disoit en badinant qu'il n'osoit luy demander à boire, le voyant mieux vêtu que luy.

« Peu à peu le luxe empira, et on ne fit plus de capitaux ; on a bien de la peine à s'entretenir aujourd'hui avec ce qui reste [1] ».

Les vertus antiques sans doute se maintiennent dans bien des familles : les belles études de M. de Ribbe en fournissent la preuve. Au XVIII[e] siècle même, elles sont encore pratiquées, surtout parmi les magistrats, dans la bourgeoisie des petites villes, chez les nobles restés dans leurs terres : mais ceux-ci se font de plus en plus rares. En général cependant, la famille et

[1] De Ribbe, *Les Familles*, t. II, p. 202-204. Livre de raison de M. Pierre César de Cadenet de Charleval, commencé en 1728, continué en 1763 par François de Charleval fils de ce dernier, et clos par M. Victor de Jessé-Charleval, son petit-fils.

l'autorité paternelle d'une part, la société et l'autorité politique de l'autre, se montrent, une fois de plus, associées dans la même évolution, dans la même décadence. Les causes, la marche de cette décadence, sont celles que j'ai déjà eu l'occasion d'indiquer pour la famille et la société romaine, et que je relevais à l'instant : l'abandon des traditions domestiques, l'influence dissolvante de la richesse, la substitution de l'intérêt individuel à l'intérêt commun comme fin de la vie sociale. L'idée chrétienne de l'autorité, de la famille et de la société s'obscurcit et s'efface, remplacée par des conceptions moins hautes. La justice n'est plus l'essence même du pouvoir ; le pouvoir a cessé de n'être « establi que pour charité », comme disaient les auteurs de la très ancienne coutume de Bretagne. Il est établi pour celui qui l'exerce. De là l'accumulation de toute la puissance sur la tête d'un seul. Le roi est seul propriétaire de son royaume ; le père, bien que la coutume juridique garde la trace de traditions différentes, se regarde comme seul propriétaire de tout son bien. Un fossé infranchissable se creuse, à quelques exceptions près, entre les grands et le peuple. Les fonctions sociales des grands sont confiées à des intermédiaires. On ignore en haut ce qui se passe en bas. On veut l'ignorer. Il semble que la dignité inhérente à l'autorité interdise d'enseigner, de garder et d'aimer comme autrefois ceux que l'on a sous son pouvoir. Les formes extérieures du respect s'exagèrent, la crainte grandit, mais l'autorité ne s'en trouve pas mieux. Elle s'affaiblit pendant que croissent ses apparences de force, et l'on peut prévoir le moment où l'esprit d'individualisme, qui l'a poussée à ce faîte, l'en précipitera.

Même spectacle dans les familles, surtout dans les familles nobles, que les autres imitent à l'envi. « Il y a d'abord, écrit Taine[1], la tradition aristocratique qui, entre les parents et les enfants, met une barrière pour mettre une distance. Quoique affaiblie et en voie de disparaître[2], cette tradition subsiste.

[1] Taine. *Ancien régime*, p. 174. 176.

[2] Voir à ce sujet les types un peu anciens, surtout en province : « Ma mère.

Le fils dit « Monsieur » à son père ; la fille, respectueusement, vient baiser la main de sa mère à sa toilette. Une caresse est rare et semble une grâce ; d'ordinaire en présence des parents, les enfants sont muets, et le sentiment habituel qui les pénètre est la déférence craintive. Jadis ils étaient des sujets ; jusqu'à un certain point, ils le sont encore, et les exigences nouvelles de la vie mondaine achèvent de les mettre ou de les tenir à l'écart. M. de Talleyrand disait qu'il n'avait jamais couché sous le même toit que ses père et mère. S'ils y couchent, ils n'en sont pas moins négligés. « Je fus confié, dit le comte de Tilly, à des valets et à une espèce de précepteur qui leur ressemblait à beaucoup d'égards ». Pendant ce temps, son père courait. « Je lui ai connu, ajoute le jeune homme, des maîtresses jusqu'à un âge avancé ; il les adorait toujours et les quittait sans cesse ».

« On compterait aisément les pères qui, comme le maréchal de Belle-Isle, surveillent de leurs yeux et conduisent eux-mêmes avec méthode, sévérité et tendresse toute l'éducation de leurs fils. — Quant aux filles, on les met au couvent : délivrés de ce soin, les parents en sont plus libres. Même quand ils en gardent la charge, elle ne leur pèse guère. La petite Félicité de Saint Aubin[1] ne voit ses parents « qu'un moment à leur réveil et aux heures des repas » ; c'est que la journée est toujours prise. La mère fait ou reçoit des visites ; le père est dans son cabinet de physique ou à la chasse. Jusqu'à sept ans, l'enfant passe sa vie avec des femmes de chambre qui ne lui apprennent qu'un peu de catéchisme, « avec un nombre infini d'histoires de revenants ». Vers ce temps là on prend soin d'elle, mais d'une façon qui peint bien l'époque. La marquise sa mère, auteur d'opéras mythologiques et champêtres, a fait

ma sœur et moi, transformés en statues par la présence de mon père, nous ne recouvrions qu'après son départ les fonctions de la vie » (CHATEAUBRIAND, *Mémoires*, I, 17, 28, 130) ; — *Mémoires de Mirabeau*, I, 53. Le marquis disait de son père Antoine : « Je n'ai jamais eu l'honneur de toucher la joue de cet homme vénérable... A l'Académie, étant à 200 lieues de lui, son souvenir me faisait craindre toute partie de jeunesse qui pouvait avoir des suites un peu dangereuses ». L'autorité paternelle semble presque aussi âpre dans la bourgeoisie et dans le peuple (*Beaumarchais et son temps*, par DE LOMÉNIE, I, 23 ; — *Vie de mon père*, par RESTIF DE LA BRETONNE, *passim*) (note de TAINE).

[1] Mme DE GENLIS, *Mémoires*, ch. II et III.

bâtir un théâtre dans le château ; il y vient de Bourbon-Lancy et de Moulins un monde énorme. Après douze semaines de répétitions, la petite fille, avec un carquois et des ailes bleues, joue le rôle de l'Amour; et le costume lui va si bien, qu'on le lui laisse encore pendant neuf mois à l'ordinaire et toute la journée. Pour l'achever, on fait venir un danseur maître d'armes, et, toujours en costume d'Amour, elle prend des leçons de maintien et d'escrime. « Tout l'hiver se passe à jouer la comédie et la tragédie ». Renvoyée après le dîner, on ne la fait revenir que pour jouer du clavecin ou déclamer le monologue d'Alzire, devant une nombreuse assemblée.

« Sans doute, de tels excès ne sont pas ordinaires ; mais l'esprit de l'éducation est partout le même : je veux dire qu'aux yeux des parents il n'y a qu'une vie intelligible et raisonnable, celle du monde, même pour les enfants, et qu'on ne s'occupe d'eux que pour les y conduire ou pour les y préparer ».

L'excès de la sociabilité, le souverain empire du monde, ne laissent presque plus rien subsister des liens familiaux. « En un temps où l'on ne vit que pour le monde et dans le monde, il n'y a plus de place pour l'intimité conjugale... Ici, à Paris, écrit madame d'Oberkirk, je ne m'appartiens plus, j'ai à peine le temps de causer avec mon mari et de suivre mes correspondances. Je ne sais pas comment font les femmes dont c'est la vie habituelle ; elles n'ont donc ni famille à entretenir, ni enfants à élever » ? — Du moins, elles font comme si elles n'en avaient pas, et les hommes de même. Des époux qui ne vivent pas ensemble ne vivent guère avec leurs enfants, et les causes qui ont défait le mariage défont aussi la famille ».

Les doctrines de Rousseau vinrent apporter d'autres ferments dissolvants qui pénétrèrent dans les milieux même où la contagion mondaine avait laissé subsister quelque chose des anciennes mœurs. Ce sont ces doctrines, il me reste à le montrer, qui ont précipité la destruction de la famille et de l'autorité paternelle à l'époque révolutionnaire et associé la royauté domestique et la royauté politique dans une même chute, pour qu'elles fissent place l'une et l'autre, sous prétexte de liberté, au despotisme impersonnel et inexorable de l'Etat.

EPILOGUE

LA RÉVOLUTION. — LE CODE CIVIL

Les doctrines philosophiques qui ont préparé et dominé la Révolution étaient contraires à la famille et à l'autorité paternelle. Individualistes par essence, elles allaient naturellement à affranchir l'individu de ce joug et de ces liens comme de tous les autres. Fondées sur la croyance à la bonté native de l'homme, elles tendaient par là même à réduire les parents, en matière d'éducation, à des fonctions purement négatives. Faisant de l'État l'organe unique de la volonté individuelle, créatrice et régulatrice suprême de tous les droits, elles annihilaient nécessairement, en sa présence, la société familiale, et ne reconnaissaient au père aucun droit que le pouvoir politique dût respecter. Transitoire, négatif, subalterne, tel devait être le rôle de l'autorité paternelle dans la société nouvelle organisée d'après ces doctrines. L'histoire de la famille à l'époque de leur triomphe ne pouvait être que l'histoire des dernières étapes d'une longue décadence, et de l'effacement du père devant l'omnipotence de l'Etat.

Ni ces idées, ni cette décadence, ni cet effacement n'étaient choses nouvelles. J'en ai montré l'origine au XVIe siècle, et c'est la tradition philosophique protestante des Jurieu et des Puffendorff que Rousseau recueille et propage. Mais ce qui se faisait lentement jadis, quand la force séculaire de la coutume protégeait les institutions traditionnelles contre toute innovation trop brusque, s'accomplit à l'époque révolutionnaire avec une rapidité effrayante. On a rompu avec la tradition ; on foule aux pieds la coutume ; on fait table rase du passé. Toutes les forces conservatrices sont brisées. La théorie pure, élaborée par la raison raisonnante dans le domaine de l'abstraction, règne et

gouverne par des lois écrites : théorie souvent sophistique, élaborée par la passion dans le domaine de l'égoïsme ou par la déraison dans le domaine de la chimère. On fait alors en deux ans ce qui se serait fait en deux siècles, et, en deux heures, ce qui ne se serait jamais fait.

De 1792 à 1794, les ruines s'accumulent : ruines de la société familiale, ruines de l'autorité paternelle. Tous les liens de la famille se relâchent. Le lien conjugal d'abord : le décret du 20 septembre 1792 établit le divorce. Le mariage n'est plus qu'un contrat comme un autre : il peut se rompre comme un autre par le consentement mutuel des parties, plus aisément qu'un autre sans ce consentement. Parmi les sept causes de divorce, il en est, en effet, de très compréhensives, comme les sévices et injures graves, le désordre des mœurs, l'abandon. Le divorce pour incompatibilité d'humeur est admis. La rupture du lien conjugal ne donne lieu à aucune instance judiciaire. Elle est ordonnée par un tribunal de famille dont la composition n'offre aucune garantie. La parenté même de ces juges avec les parties ne les rend elles pas suspects? Le divorce prononcé, les enfants se partagent. Les filles vont avec la mère, les garçons de plus de 7 ans avec le père, à moins qu'il ne s'agisse d'un divorce pour cause déterminée : en ce cas, l'assemblée de famille statue sur leur sort.

Ces facilités extrêmes paraissent cependant insuffisantes. En 1793, la Convention ne veut plus de causes déterminées. Elle modifie en ce sens le projet de Code civil. En attendant la promulgation de ce Code et la disparition complète de ces causes, on les atténue. L'absence prenait rang parmi elles après avoir duré cinq ans : à partir du 4 floréal an II, il suffit qu'elle dure six mois, fût-elle des plus légitimes. Au bout de ce minime délai, le divorce peut être obtenu sans autre forme de procès, même par « les femmes des défenseurs de la patrie et des fonctionnaires éloignés de leur domicle pour le service de la République[1] ».

On sait le débordement de corruption qui fut la suite de ces

[1] Décret des 4-9 floréal, an II (23 avril 1794), art. 1.

lois soi-disant moralisatrices. La base de la famille était ainsi rendue instable, la famille elle-même, en quelque sorte provisoire, ses liens faciles à dénouer au gré de la passion et de l'inconstance. On les trouve assez fragiles, mais trop étroits : il faut les étendre.

On veut restaurer l'adoption et la permettre même aux pères de famille[1]. La paternité légale, création de la volonté individuelle et de la loi civile, devait prendre cette importance dans une législation fondée sur les théories que j'indiquais tout à l'heure. On veut aussi faire entrer les bâtards dans la famille. Le décret du 12 brumaire an II établit leur assimilation complète aux enfants légitimes en matière successorale. Il est vrai que cela s'entend seulement des bâtards reconnus par leurs père et mère et que la recherche de la paternité naturelle est interdite. Mais, par compensation, le décret rétroagit au 14 juillet 1789. Tous ceux dont les parents sont morts avant sa promulgation sont admis à prouver leur filiation. Il leur suffit pour cela d'établir la possession d'état « par des écrits publics ou privés du père, ou des soins donnés, à titre de paternité et sans interruption, pour leur entretien et leur éducation[2] ».

Ainsi étendu et relâché, le lien personnel de la famille est sans force ; mais cette extension n'est pas le seul mode par lequel ces lois exercent sur la société familiale une action dissolvante. Elles ont encore pour but et pour effet d'en étendre et d'en relâcher le lien réel, en dispersant le patrimoine. Cette dispersion est une des idées fixes du législateur révolutionnaire. Pourquoi l'adoption est-elle à ses yeux une « institution admirable, qui se lie naturellement à la constitution de la République ? » Parce que « elle amène sans crise la division des grandes fortunes[3] ». C'est aussi l'un des résultats de l'admission des bâtards à la succession avec des droits égaux à ceux des légitimes. Tout le régime successoral est réformé dans le même but. Là, comme partout, l'individu passe avant la

[1] Premier projet de Code civil, I, VII, 3.
[2] Premier projet de Code civil, I, VII, 3.
[3] Cambacérès, *Rapport préliminaire sur le premier projet de Code civil*, cité par Sagnac, p. 316, n. 4.

famille. Ce n'est plus, comme dans le droit écrit, le chef de la famille qui désigne l'héritier du patrimoine ; ce n'est pas non plus, comme dans le droit primitif et dans la tradition coutumière, le lien de la société familiale. C'est l'État, créateur du droit de propriété, qui le distribue à sa guise. « Sa volonté, dit-on, est toujours égale et juste[1] » : abstraction et chimère, car l'État vaut ce que valent ses représentants. Il est juste avec eux ; avec eux il est inique.

L'ancien droit était familial et conservateur. Le droit nouveau ignore la société familiale et ne cherche qu'à disperser les biens au lieu de les lui conserver. La famille n'est plus un corps, c'est une collection d'individus entre lesquels doit s'émietter à chaque génération tout le patrimoine. On accroit le plus possible le nombre de ces individus, afin que les parts soient plus petites. Aux enfants légitimes on adjoint les bâtards. A défaut de descendants, l'hérédité se partagera selon le système de la fente et de la refente, sans que l'on ait à se préoccuper de l'origine des biens[2].

Qu'importe, après tout cela, que la liberté de tester soit extrêmement restreinte et que le testateur ne puisse ni détruire l'égalité entre ses héritiers, ni leur enlever au profit d'un étranger plus du dixième ou du sixième de la succession[3] ? La constitution de la famille s'en trouvera-elle fortifiée, dès lors qu'il n'y a plus de patrimoine familial et que la famille elle-même est à peu près dissoute ? On ne voit pas ce qu'elle gagne à ces prohibitions ; on voit très bien ce qu'elle y perd. Le testament se fût offert au père comme un moyen pour la maintenir, lui rendre son unité, sa cohésion, sa stabilité, reconstituer son patrimoine, refaire tout ce que l'État avait défait. Voilà ce qu'on ne pouvait permettre. C'est pour cela que le testament fut supprimé. Cette suppression, loin d'être en faveur de la famille était la garantie nécessaire du triomphe de l'État. Ce triomphe, autrement, n'eût pas été durable.

Comme on disperse les biens dans la famille ou en dehors

[1] Berlier, cité par Sagnac, p. 227.
[2] Décret du 17 nivôse, an II, art. 83 et s.
[3] Décret du 7 mars 1793.

d'elle, ainsi l'on disperse l'autorité. On crée un tribunal domestique. On lui confie, sous le contrôle du tribunal de district, l'exercice du droit de correction [1]. Etrange dessein de constituer une république là même où l'on a tout fait pour qu'il ne subsiste plus de société ! Cette institution archaïque du tribunal familial suppose une famille nombreuse, autonome, soumise à une autorité souveraine, vivant dans la conscience et dans la pratique d'une étroite solidarité. C'était une naïveté de théoricien d'entreprendre de la rétablir alors qu'elle n'était plus dans les mœurs depuis longtemps et que la loi ne souffrait dans la famille ni l'autonomie, ni la souveraineté, ni l'indivision du patrimoine, ces fondements de la solidarité. Aussi, le but de l'innovation n'est-il pas de relever d'une main ce que l'on renverse de l'autre, et de reconstituer la famille dans une solidarité factice. Ce que l'on veut d'abord, c'est amoindrir l'autorité paternelle. De toute façon, ce résultat sera obtenu par la création d'un conseil chargé de contrôler les actes du père : c'est pourquoi l'on admet que ce conseil puisse être composé d'amis, voire même de voisins, si, pour une cause ou pour une autre, on ne peut rassembler six ou huit parents. C'est un tribunal privé : ce n'est pas un tribunal familial. On eut ainsi ce que l'on cherchait. On s'était aussi proposé une fin plus louable, qui était de régler par voie d'arbitrage les contestations entre parents : on échoua misérablement.

Privée des débris de sa magistrature domestique, ne pouvant ni récompenser par un don préciputaire le mérite particulier d'un enfant, ni priver l'enfant rebelle de la moindre part des biens sans priver, dans la même mesure, ceux qui n'étaient pas coupables, l'autorité paternelle demeurait considérablement amoindrie. Avec la *patria potestas*, avaient disparu, d'autre part, les droits accordés au père par la loi romaine sur les biens adventices. Le premier projet de Code ne donnait aux parents que l'administration des biens de leurs enfants mineurs. Le second projet leur en attribuait la jouis-

[1] Décret des 16-24 août 1790.

sance en vue de prévenir toute contestation[1]. On sait que les lois révolutionnaires étendirent aux pays de droit écrit la majorité émancipatrice du droit coutumier et la fixèrent à 21 ans pour toute la France[2]. C'était un progrès notable. Il en faut dire autant des lois qui généralisèrent l'émancipation par mariage[3] et l'attribution légale de l'autorité au père et à la mère ensemble ; des lois aussi, qui favorisèrent le mariage en abaissant à 21 ans la majorité matrimoniale et en réduisant à peu de chose les sommations d'autrefois[4]. On quittait ici le sol mouvant des théories chimériques. Heureux peut-être de restreindre encore par là l'autorité paternelle, on établissait du moins les lois nouvelles sur le ferme terrain des traditions coutumières et canoniques, et on leur faisait réaliser des réformes depuis longtemps préparées et déjà mûres.

Dans l'étroit domaine dont l'Etat a bien voulu ne pas s'emparer, ses intrusions sont fréquentes. Le père ne doit pas seulement instruire ses enfants, il faut qu'il les instruise comme l'Etat l'ordonne. La Convention voudrait qu'il leur fît apprendre « un métier d'agriculture ou d'art mécanique »[5]. Elle établit des écoles primaires gratuites — ce qui est bien — et obligatoires, ce qui est plus critiquable, car le père ne peut ni s'abstenir, ni confier ses enfants à des maîtres qui n'aient pas la faveur des représentants de l'Etat. Dans le premier cas, le décret du 29 frimaire an II le menace d'une amende, et le deuxième projet de Code de la perte de son autorité. Dans le second cas, il n'évitera guère d'être noté d'incivisme ; or l'incivisme figure avec l'inconduite et les manquements « aux devoirs de l'affection que sa qualité lui impose » parmi les causes de déchéances prévues au troisième projet. « Dans ces divers cas, d'interprétation fort élastique, on transporte la surveillance des enfants « à des hommes sages et vertueux ».

[1] Premier projet de Code, I, IV, 5 et 7 ; I, VIII, 2 ; — Deuxième projet, art. 18, al. 2 ; — Cf. FENET, I, 102.
[2] Décrets des 28 août et 20 septembre 1792 et du 31 janvier 1793.
[3] Premier projet de Code, I, V, 9.
[4] Décret du 20 sept. 1792, IV, I, 2 et 3 ; — Premier projet de Code, I, II, 4 et 5.
[5] Premier projet de Code, I, V, 2.

C'est la nation qui se charge de l'éducation et de la formation de la jeunesse par l'intermédiaire de délégués qu'elle choisit à son gré »[1].

Au fond, le père n'est que l'un de ces délégués de l'État. On délibéra même s'il était opportun qu'il le fût. « Michel Lepelletier et Robespierre proposaient » en 1793 « d'enlever les enfants aux parents dès l'âge de sept ou huit ans, de les réunir à demeure dans des écoles, loin de leur famille, de s'emparer de ces tendres esprits pour les former tous en commun aux idées nouvelles, dont ils deviendraient les plus ardents défenseurs[2] ». Cette proposition ne fut pas acceptée bien que Robespierre persistât à la soutenir. « La patrie, disait-il, a le droit d'élever ses enfants : elle ne peut confier ce dépôt à l'orgueil des familles. Nous voulons que l'éducation soit commune et égale pour tous les Français[3] ». Et Berlier proposait de remplacer « les droits connus sous le nom usurpé de puissance paternelle » par un système de récompenses décernées à la piété filiale par la nation[4]. C'était seulement, d'ailleurs, sur l'application des principes que l'on différait. Les principes eux-mêmes, ceux de Jean-Jacques, n'étaient pas mis en question. L'État crée les droits du père comme il crée la propriété, la liberté et tous les autres droits de l'homme.

Les effets désastreux des lois révolutionnaires devaient provoquer une réaction. Elle se produisit ; mais bien plus, cette fois encore, sur le terrain des applications que sur celui des principes. Pour le Premier Consul, toutes les règles de l'autorité paternelle doivent être déterminées par cette considération unique, que l'enfant appartiendra un jour exclusivement à la société. C'est aussi de l'Etat que vient à ses yeux le droit de transmission successorale[5]. Il voulait que la loi « prît l'enfant à sa naissance, pourvût à son éducation, le préparât à une profession, réglât comment et à quelles conditions il pourrait

[1] TAUDIÈRE, p. 73.
[2] SAGNAC, p. 306, 307.
[3] Rapport de Robespierre, 18 floréal an III.
[4] SAGNAC, p. 313, n. 1.
[5] JAC, p. 129.

se marier, voyager, choisir un état[1] ». C'est l'idée du domaine souverain de l'Etat, de son absolue suprématie sur la famille qui inspire à Napoléon ces vœux et ces doctrines, comme elle inspirait les législateurs de la Révolution. Ce principe vit et règne toujours : il est si commode au despotisme ! En matière d'éducation, surtout, il a dominé longtemps le XIX[e] siècle. On a voulu, on veut encore faire de l'Etat l'unique maître de la formation de la jeunesse, sans respect pour les droits naturels du père, sans souci de la liberté : comme si l'Etat, dont l'intérêt a toujours servi de prétexte à la tyrannie des factions, avait jamais un intérêt véritable à briser ou à affaiblir les organismes naturels de la société et à violer les droits de ses membres. Sauvegarder ces droits, n'est-ce pas sa meilleure raison d'être ?

C'est sous le bénéfice de ces réserves que l'on doit envisager la réaction qui se produisit contre les lois révolutionnaires et amena une restauration de l'organisation familiale et de l'autorité paternelle. Le divorce subsiste, mais il est rendu moins facile. Après de longues discussions, l'incompatibilité d'humeur disparaît, en 1804, du nombre de ses causes. Ce nombre est lui-même diminué. Le trop complaisant tribunal de famille est remplacé par les tribunaux ordinaires. On apporte au divorce par consentement mutuel de sérieuses entraves[2]. L'adoption n'est plus permise qu'aux gens sans enfants[3]. Les bâtards cessent d'abord d'être assimilés aux légitimes, puis d'être héritiers[4]. En ce qui concerne les biens, on ne vise plus avant tout à la division des fortunes. On élève la quotité disponible et l'on permet au père d'en disposer par préciput en faveur de l'un de ses enfants. Le tribunal de famille disparaît naturellement[5] : il n'était pas né viable. Le père est seul investi du droit de correction sur ses enfants mineurs de seize ans qui n'ont ni profession, ni biens

[1] FENET, t. X, p. 484.
[2] Décrets du 15 thermidor an III ; du premier complémentaire an V ; Code civil, art. 229 et s., 275 et s.
[3] 3[e] Projet de Code, art. 141 ; Code civil, art. 346.
[4] 3[e] projet de Code, art. 604, 605 ; Code civil, art. 756.
[5] Décret du 9 ventôse, an IV ; — Cf. FENET, X, 493-495.

personnels : il peut les faire détenir pendant un mois, au plus, dans une maison de correction. Pour les autres, il doit s'adresser au président du tribunal de première instance pour faire prononcer la détention, si ce magistrat le juge opportun. On adopte, d'autre part, le projet qui donnait aux père et mère l'usufruit des biens de leurs enfants. Les lois qui fixaient à 21 ans l'âge de la majorité et qui donnaient l'autorité aux père et mère ensemble sont maintenues ; mais le père seul exerce l'autorité tant qu'il vit, et l'on restaure, en matière de mariage, quelque chose de l'ancienne *patria potestas*. Le fils ne peut se marier avant 25 ans sans le consentement de son père ou de son aïeul. Filles et fils, ceux-ci de 25 à 30 ans, celles-là de 21 à 25, doivent solliciter ce consentement. S'il leur est refusé, ils ne peuvent passer outre qu'après trois actes respectueux signifiés de mois en mois. Après 30 et 25 ans, sans limite d'âge, un acte respectueux reste encore nécessaire. Enfin, le divorce par consentement mutuel ne peut, en aucun cas, avoir lieu sans l'aveu des père et mère ou autres ascendants[1].

Est-ce à dire, comme on l'a prétendu, que « le père se trouve armé d'une autorité sinon cruelle, du moins arbitraire et tyrannique » et que « la volonté du chef de famille » devienne « la base du régime successoral »[2] ? Je cherche vainement dans l'organisation de la famille et de l'autorité paternelle par le Code civil un caractère général d'arbitraire et de tyrannie. Le droit de correction peut prêter à la critique ; mais il faut remarquer, en somme, que l'on ne peut guère le restreindre davantage, à moins de le supprimer tout à fait en lui substituant un simple droit de réquisition. Les lois relatives au mariage peuvent avoir besoin de réforme : mais c'est surtout à raison des complications bureaucratiques qu'elles engendrent, car elles ne donnent au père qu'un droit d'intimidation, droit modeste et fort loin d'être tyrannique. Quant aux biens, sans doute, la succession *ab intestat* est considérée comme le testament présumé du père ; mais c'est théorie pure, dès lors que ce testament présumé exclut le véritable.

[1] Code civil, art. 148, 152, 153, 278.
[2] SAGNAC, p. 351, 365.

En fait, le père ne peut jamais exhéréder ou avantager l'un de ses enfants, s'il en a trois ou davantage, de plus du quart de sa succession. C'est beaucoup moins qu'il ne pouvait faire même selon le droit coutumier, qui lui laissait, en général, la libre disposition de tous ses meubles, de tous ses acquêts et du quint des propres.

En réalité, l'autorité paternelle et la famille sont plutôt trop faiblement que trop fortement constituées dans notre droit, — car le droit du Code civil, à quelques modifications près, est encore aujourd'hui le nôtre. Ces modifications, du reste, bien qu'il y en ait de fort louables, ne sont pas en faveur du père et de la famille. Il me suffira pour le prouver d'en rappeler quelques-unes : le divorce rétabli après avoir été supprimé longtemps ; le mariage rendu plus facile ; les enfants naturels devenus héritiers et pourvus de plus larges droits[1]. Aussi, n'a-t-on cessé, pendant tout le cours du XIX[e] siècle, de réclamer, au nom de l'intérêt social, des lois plus favorables à la stabilité de la famille et un accroissement de l'autorité paternelle[2].

On s'en est pris surtout, depuis un certain nombre d'années, aux restrictions apportées à la liberté testamentaire. On a dit que notre loi successorale, en assurant au fils un droit absolu à l'héritage, l'incitait à la révolte en lui assurant l'impunité. On a reproché au législateur de n'avoir vu dans la société que les mauvais pères et d'avoir fait ses lois uniquement contre eux. C'est là qu'on a voulu trouver la cause principale de la désorganisation du foyer domestique. S'est-on assez demandé pourquoi la famille et l'autorité paternelle s'étaient maintenues fortes et stables pendant des siècles, avec un régime successoral reposant sur les mêmes principes essentiels que le nôtre, tandis qu'elles périclitent aujourd'hui ? Je suis loin, certes, de prétendre que notre droit familial soit sans défaut. Il y a plus d'un point à réformer en lui, non pas pour restaurer la famille, — la loi ne le peut guère, — mais pour enlever ce qui serait

[1] Lois des 27 juillet 1884 et 18 avril 1886, sur le divorce ; loi du 25 mars 1896 sur les droits des enfants naturels dans la succession de leurs parents ; loi du 20 juin 1896 sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants.

[2] Cf. BERNARD, p. 324 et s. ; — VIOLLET, *Droit privé*, p. 528, 529.

un obstacle à cette restauration et pour faire disparaître ce que notre législation peut renfermer de dissolvant.

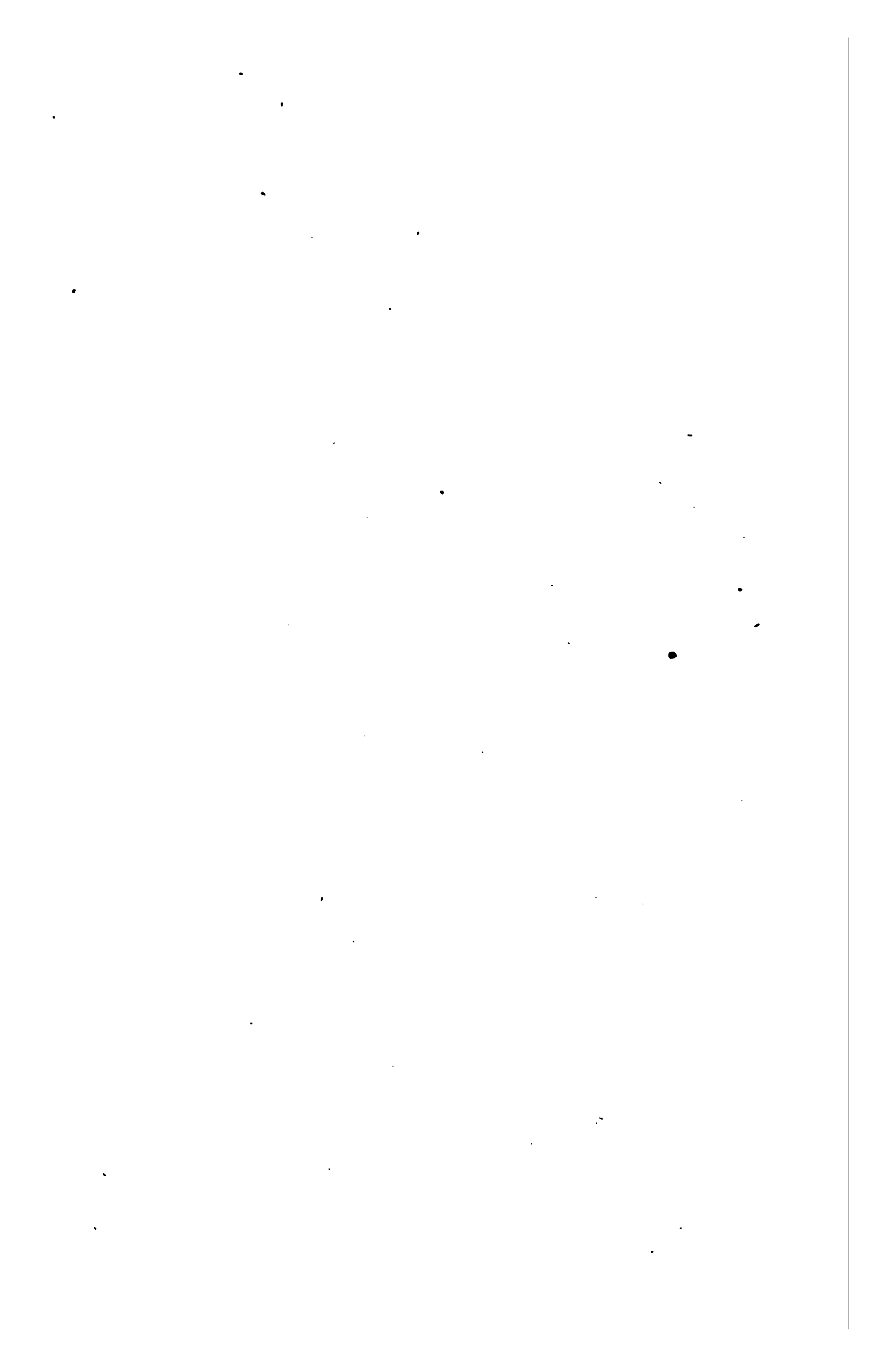
Il est désirable en ce sens, qu'une liberté testamentaire plus étendue soit accordée au père de famille ; mais ne pourrait-on pas, si cette liberté était entière, retourner la critique adressée aux lois actuelles, et reprocher au législateur de ne voir dans la société que les mauvais fils et d'encourager les pères, en leur donnant ce pouvoir sans bornes, à des rigueurs excessives et à d'injustes partialités ? On répondra que ce n'est pas là le penchant du père, tandis que celui du fils est vers l'indépendance, et qu'il y a, d'ailleurs, moins de mauvais pères que de mauvais fils. En est-on bien sûr ? La nature humaine est toujours la même. En tous, elle penche vers le mal. Du côté du père, il est vrai, ce penchant trouve, dans les sentiments de la nature et dans la maturité de l'âge, un contrepoids puissant ; mais faut-il donc compter pour rien l'éducation, du côté du fils ? La vérité est dans le proverbe : « Tel père, tel fils ». Si la famille se désorganise, si le foyer tombe en ruines, si l'autorité paternelle s'en va, la faute en est surtout aux pères. Quant aux lois, elles ne sont conçues, en général, ni contre les mauvais pères ni contre les mauvais fils, mais contre ce qui porte ombrage au despotisme de l'État. C'est en cela qu'elles sont nuisibles. C'est l'esprit même qui les inspire qu'il faudrait changer.

Nous donnerons quelque jour, s'il plaît à Dieu, tout leur développement aux questions historiques et sociales que les bornes d'un simple épilogue nous permettent à peine d'effleurer ici. Nous espérons justifier alors pleinement ce que nous venons de dire sur l'influence de la philosophie du XVIIIe siècle, l'esprit et les effets des lois révolutionnaires, le caractère du droit contemporain. La vieille lutte entre la société domestique et la société politique se poursuit par la victoire de cette dernière et l'abus de son triomphe. Le défaut de ce que nos lois ont emprunté à la tradition coutumière n'est peut-être que de ne pas opposer une barrière suffisante aux entreprises de ce despotisme. Tant que cela n'aura pas disparu — et cette toute puissance de l'État est de l'essence du régime moderne,

— à quoi servira de donner au père une liberté de tester plus ou moins grande ? A bien peu de chose. La notion de l'égalité successorale est trop profondément ancrée en France pour que la loi puisse la détruire. Le système du Code n'est pas la cause, mais l'effet de la prédominance de cette notion. Une loi plus large assurerait au père un moyen de correction exceptionnel : voilà tout. Il y aurait illusion à croire que cela suffira pour restaurer la famille, quand sa décadence résulte de tant de causes profondes et qui manifestent leur action destructive dans toutes les parties du corps social.

C'est dans les idées et dans les mœurs qu'il faut chercher la racine du mal. Elle est, comme au temps de la décadence romaine, dans la corruption qui s'étale de toutes parts et dans l'amour désordonné de la richesse. Si la famille se désagrège c'est que, dans son sein, comme dans celui de la société politique, l'idée individualiste prévaut : l'esprit de famille a disparu. Si l'autorité paternelle s'en va, c'est que les notions mêmes de l'autorité et du respect s'en sont allées. Ce qui peut restaurer la famille, c'est donc tout d'abord une action morale comme celle que le christianisme exerça dans le monde romain et barbare. L'action légale n'est que secondaire et accessoire : isolée, elle ne peut que demeurer vaine ; et c'est mal placer sa confiance que de la placer dans la loi.

APPENDICE



APPENDICE

NOUVELLES THÉORIES SUR LES ORIGINES DE L'AUTORITÉ PATERNELLE EN FRANCE.

La première partie de cet ouvrage était déjà presque entièrement imprimée lorsque parurent les *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, de M. Ch. Lefebvre.

Ce livre apportait sur les origines de l'autorité paternelle en France des théories toutes nouvelles.

Je m'empressai de le signaler en note et de l'inscrire dans ma bibliographie. Une lecture plus attentive m'engage à lui consacrer quelques pages, non sans regret de n'avoir pu en parler dignement dans le corps même de mon travail.

Ce n'est pas, du reste, une étude approfondie de ces importantes *Leçons* que je prétends mettre ici sous les yeux du lecteur. Le temps et la place me manquent. Beaucoup de documents, parmi lesquels de nouvelles recherches me feraient assurément trouver, sur certaines questions que j'aborderai tout à l'heure, une plus ample moisson de textes et de faits, restent hors de ma portée. Il faut me borner à quelques remarques. C'est peu sans doute pour des théories aussi fortement soutenues qu'elles sont séduisantes et neuves. Mais dès lors qu'elles ont vu le jour, ne dois-je pas, faute de mieux, indiquer, au moins brièvement, et justifier, fût-ce par une argumentation incomplète, les objections qu'elles paraissent devoir soulever?

C'est au sujet du *mundium* que les opinions de M. Lefebvre diffèrent surtout de celles que j'ai cru pouvoir émettre ou adopter. Les divergences portent sur le domaine, sur le caractère et sur l'étendue de l'autorité paternelle chez les Germains et particulièrement chez les Francs. Voici, sur chacun de ces points, les principales.

I

Domaine du « mundium ». — « Mundium » marital.

— Du domaine du *mundium*, il faut, dit le savant professeur, exclure tout d'abord la femme. Son mari, — le chef de la famille, le père, — n'a sur elle, juridiquement, aucune puissance. Ce que l'on a dit du *mundium* marital n'est vrai que pour les mœurs, chez les Germains voisins du Rhin ou passés en Gaule. Le mari est ordinairement le représentant, le champion de sa femme, il gouverne ses biens, elle n'agit pas sans lui; mais nous ne voyons nulle part qu'il fût « érigé en représentant ou tuteur légal et permanent, pouvant se passer du bon vouloir de sa compagne », ni que celle-ci ne pût choisir un autre mandataire. Au contraire « il est avéré que le mari pouvait voir d'autres représentants se dresser à sa place et même contre lui, surtout parmi les parents de la femme, s'il était négligent, s'il perdait la confiance ou plus encore, s'il abusait de sa supériorité de fait contre ses devoirs ». Aucun texte, d'autre part, avant la loi burgonde, ne renferme « l'idée de la *potestas in rebus uxoris* »; tandis que « les termes constants des formules franques », attribuant à la femme la libre disposition des dons que lui fait son mari, ne sauraient se « concilier avec un principe de *mundium* marital ». Enfin, si les textes abondent qui nous montrent le mari et la femme agissant, en fait, de concert, on n'en voit aucun qui impose, en droit, à la femme, la nécessité de se faire autoriser par son mari.

L'histoire de Berthegonde, et celle du mariage de Rigonthe, fille de Frédegonde et de Chilpéric, racontées par Grégoire de Tours, montrent bien « que ce prétendu *mundium* juridique n'était encore ni reconnu, ni consacré, ni invoqué même chez les Francs, à titre de puissance maritale, pas plus sur la personne que sur les biens, comme on est porté à l'entendre ». Berthegonde quitte son mari par deux fois, en emmenant même, la seconde fois, un de ses fils. Soutenue par son frère, l'évêque Bertramn, elle se refuse obstinément, sous prétexte de

religion, à rentrer au foyer conjugal. C'est seulement après la mort de Bertramn que, « cédant à ses remords ou à ses craintes », elle revient d'elle-même à son époux. On voit clairement à ce récit « qu'une épouse franque, soutenue par ses parents ou par l'Eglise, pouvait rompre avec son mari » et l'on n'y voit à aucun moment le *mundium* marital invoqué contre elle.

L'histoire du mariage de Rigonthe est plus convaincante encore en ce qui concerne les biens. Frédégonde comble sa fille des plus magnifiques présents; et comme le roi paraît craindre, à la vue de tant de richesses, qu'elle ait, pour en faire étalage, mis à sec tous ses trésors, elle déclare publiquement que tout cela est bien à elle. Ce sont des présents qui lui ont été faits par le roi lui-même ou par les seigneurs; des économies qu'elle a réalisées « *de proprio* » ou sur les biens dont la jouissance lui était donnée. « Eh bien! conclut M. Lefebvre, ne voyez-vous pas les questions qui se pressent autour d'un texte aussi précis? Et d'abord, où donc est-il ce *mundium* marital, qu'on a tant affirmé chez les Francs, comme coutume juridique? Frédégonde a pu acquérir de toutes manières et recevoir nombre de donations, même à l'insu du roi. Et elle s'en vante publiquement. Où donc est la trace de quelque autorisation maritale obligatoire? Frédégonde a de plus joui librement et exclusivement des dons venus du roi ou des grands, au point d'amasser de son côté de beaux trésors pour le mariage de sa fille. Où donc est l'administration et la jouissance qu'on prétend avoir été de droit pour le mari à titre de *mundium?* Elle garde tout cela en propre, comme elle a acquis pour son compte. « *Et ego nonnulla de proprio congregavi labore. Omnia quæ cernitis de mea proprietate oblata sunt* ». Où donc apercevoir l'idée d'une coutume juridique de communauté légale, impliquant copropriété et action commune tout à la fois?..... Le principe de droit, s'il y en a un, c'est plutôt l'égalité, l'indépendance, la séparation, comme à Rome. Et ce prétendu *mundium* juridique des Francs, s'il a jamais existé dans les brouillards de leur préhistoire, c'est la tente de voyage qu'on aura laissée ou quittée en route, même avant de passer le Rhin ». —

Telle est, en résumé, l'argumentation opposée sur ce premier point aux doctrines généralement reçues jusqu'aujourd'hui[1]. Reprenons la point par point.

La distinction fondamentale établie entre *l'état de mœurs* et la *coutume juridique* doit assurément toujours être faite; mais a-t-elle bien, *pour l'époque des invasions*, toute l'importance qui lui est attribuée ici? On la conçoit nette et complète chez les peuples qui ont des lois écrites, des coutumes entièrement formées; mais pour les autres, la confusion signalée par M. Lefebvre, et qu'il sait si bien éviter, paraît être beaucoup moins dans les historiens que dans l'histoire. Quelle différence les Germains, les Francs eux-mêmes, pouvaient-ils bien faire, en une foule de cas, entre ce qui était du droit et ce qui était des mœurs? « C'est se méprendre, à mon sens, dit fort justement M. Lefebvre, sur l'état de ces peuplades germaines à l'époque des invasions, que de les voir munies de *véritables coutumes de droit* déjà quelque peu précisées et sanctionnées, comme nous l'entendons de nos jours, quand nous parlons même des coutumes du moyen-âge. C'est forcer ou tendre les notions d'histoire juridique jusqu'à les fausser »[2]. « Les Germains, écrit-il ailleurs, lorsqu'ils entrèrent en Gaule ne devaient connaître et n'ont pu apporter que bien peu de vraies coutumes juridiques »[3]. Rien de plus exact; mais qu'est-ce donc qui faisait loi parmi eux sur tous les points restés en dehors de ce très petit nombre d'usages fixés, « articulés et sanctionnés comme règle de droit »? Sur quoi le tribunal du mâl réglait-il ses jugements en pareils cas, si ce n'est sur *l'état de mœurs?* Et n'est-ce pas ainsi même que, très souvent, les mœurs engendrent la coutume juridique, et que s'opère, en l'absence de lois écrites, le triage des usages obligatoires et de ceux qui ne le sont pas?

Dans cet état primordial, où le fait et le droit sont ainsi continuellement confondus, pourrait-il y avoir opposition entre l'un et l'autre? Il semble bien difficile de l'admettre. Que les

[1] P. 401 et s.; 438 et s
[2] P. 401.
[3] P. 309.

parents de la femme puissent prendre sa défense contre les abus de pouvoir du mari, est-ce une preuve de l'inexistence du *mundium* marital? Faudra-t-il nier l'autorité paternelle partout où le père, sur la poursuite de quelque parent, pourra être forcé de remplir ses devoirs, suppléé s'il les néglige, châtié s'il abuse de sa puissance? Si le mari, en constituant une dot à la femme, lui reconnaît en outre le droit de l'administrer et d'en disposer à sa guise, cela n'implique nullement qu'il n'ait pas le gouvernement de ses biens. C'est lui qui donne; il peut donner aussi complètement qu'il lui plaît.

Les lois des Burgondes, celles des Wisigoths, celles des Alamans, comme celles des Lombards et des Saxons, parlent du *mundium* ou de la *potestas* du mari. M. Lefebvre pense que les deux premières se sont inspirées de la doctrine chrétienne, et même directement de l'Écriture Sainte[1]. Cela semble probable; mais encore faudrait-il voir si ce recours aux Livres Saints suppose nécessairement l'absence de toute coutume analogue avant la rédaction de la loi. Comment en avoir la certitude? Le texte burgonde ne concerne pas que les Burgondes, et il est bien possible, sinon probable, que celui de la loi wisigothique n'est pas spécial aux Wisigoths. Le premier ordonne que le mari de toute femme, Romaine ou Burgonde, ait puissance sur les biens, comme sur la personne de celle-ci. Comment affirmer qu'il y ait là une innovation générale? L'innovation est certaine en ce qui concerne les Romains : cela ne suffit-il pas à expliquer les termes de l'article? Si même on voulait relever le soin pris par le législateur de déclarer les Romains assimilés aux Burgondes, ne serait-on pas tout aussi bien en droit de prétendre que toute la nouveauté de la loi se réduit à cette assimiliation? Quant à la loi des Wisigoths, elle invoque la Sainte Ecriture, et non la coutume, comme fondement de l'autorité du mari. Cela pourrait sembler tout à fait décisif, si l'on ne prenait garde au caractère général des lois Wisigothiques, toutes pénétrées d'influences religieuses, et à la part considérable prise dans leur rédaction par les évêques, conseil-

[1] P. 442-444.

lers des rois Goths. Rien ne prouve, dans ces conditions, que l'autorité des Livres Saints ait été invoquée à défaut de toute autre. Le rédacteur de la loi a fort bien pu y recourir comme à celle qui lui paraissait la plus forte, et en vue seulement de justifier sa décision par un argument sans réplique.

Restent l'histoire de Berthegonde et celle du mariage de Rigonthe. Elles paraissent, à vrai dire, encore beaucoup moins convaincantes. Berthegonde, en quittant son mari, lui laisse le gouvernement de ses enfants et, d'après quelques manuscrits, de ses biens. N'est-ce pas qu'il avait des droits sur eux ? Et n'aurait-elle pas plutôt, si elle avait été seule maîtresse, donné une part de sa fortune au monastère, récemment fondé, dans lequel elle se retirait ? Il faut remarquer, en outre, qu'elle s'y retire pour embrasser la vie religieuse, et qu'elle invoque, pour justifier son acte, une opinion religieuse entachée d'hérésie. Par conséquent, si l'on était en droit de dire : le mari n'invoque pas le *mundium*, donc le *mundium* n'existe pas ; nous serions tout aussi bien en droit de répliquer : la femme n'invoque pas l'absence du pouvoir marital, donc ce pouvoir existe. Mais ce silence de part et d'autre s'explique par le caractère exclusivement religieux et canonique que donnent à l'affaire le prétexte allégué et toutes les autres circonstances du fait. Il est naturel que l'on n'invoque pas la loi civile, comme il est naturel que l'on n'ait pas recours à d'autre qu'à l'évêque. La loi ecclésiastique est seule applicable, l'autorité ecclésiastique seule compétente. Ne voit-on pas que si Grégoire de Tours fût venu dire à Berthegonde : « Votre mari a le *mundium* sur vous ; vous êtes tenue, de par la coutume, de demeurer auprès de lui », elle eût répondu tout aussitôt : « C'est une coutume contraire à ma foi et à la vôtre, je ne dois pas m'y soumettre » ? Il n'y avait donc qu'une chose à lui opposer : c'était cette foi même dont elle prétendait s'autoriser dans sa résistance. « La croyance que vous invoquez, l'acte que vous voulez faire, lui dit-on, ont été frappés d'anathème ». A ces paroles, pas de réplique. Berthegonde retourne avec son époux. Plus tard, lorsqu'elle s'échappe de nouveau, c'est une véritable fuite. Elle part en cachette, pendant une absence

de son mari, emmenant un de ses fils, chargeant à la hâte sur plusieurs bateaux toutes sortes d'objets mobiliers, sans s'occuper de savoir à qui ils appartiennent : « *Honeratis navibus tam de rebus propriis quam viri sui* ». Alléguera-t-on ce passage, pour prétendre que la femme pouvait librement disposer des meubles de son mari ? Non, sans doute. Qu'on n'y cherche donc pas non plus la preuve d'un libre droit pour elle de disposer de ses propres biens. La fugitive parvient à Tours. Sa mère, qui a provoqué ce second départ comme le premier, n'ose pourtant pas lui donner asile. Pourquoi ? A cause de l'opiniâtreté du mari à la réclamer et à la poursuivre, « *propter improbitatem viri*[1] ». Ce dernier apparemment avait le droit de formuler ces réclamations et d'exercer ces poursuites. Il l'avait si bien, que Bertramn, frère de Berthegonde, ayant accueilli la fugitive, est obligé, pour le lui contester, d'alléguer que le mariage, près de trente ans auparavant, avait été contracté sans le consentement de la famille. Or c'est là précisément un des cas spéciaux où le *mundium* marital ne prend pas naissance[2]. Ce prétexte, au bout d'un si long temps ne pouvait être recevable. Il est rejeté par Gontran, auquel le mari en appelle. Bertramn prétend alors se fonder sur les mauvais traitements que sa sœur aurait endurés dans la maison conjugale. Le roi lui répond par ce dilemme :

[1] Grégoire de Tours ajoute ici : « *Scilicet nec callumniam* (alias : *ne calumniam*), *que ejus dolo fabricata fuerat*, *exciperat* (alias : *exciperit*) ». Cet obscur petit membre de phrase paraît avoir causé de grands embarras aux traducteurs. Guadet et Taranne (4 vol. in-8°, Paris, 1837) traduisent : « Parce qu'elle craignait d'être punie du méfait causé par ses artifices ». Bordier (2 vol., Didot, 1861) écrit : « Craignant qu'il n'échappât à une chicane judiciaire qu'elle avait artificieusement forgée contre lui ». Ce dernier sens est à peu près inadmissible. « *Calumnia* » paraît bien s'appliquer, avec le sens de « méfait » aux agissements de Berthegonde. D'autre part, les deux traductions ci-dessus donnent à « *scilicet* » le sens de « parce que » et voient, dans cette partie du texte, l'indication d'un second motif, s'ajoutant à l'opiniâtreté du mari pour empêcher Ingetrude de garder sa fille. Or, « *scilicet* » est un vocable explicatif qui signifie bien plutôt « car ». J'inclinerais donc à tenir pour bonne la leçon du manuscrit de Bruxelles « *nec calumniam... exciperat* », et à donner à « *excipere* » le sens de « supporter ». La phrase entière : « *Sed cum a matre propter improbitatem viri reteneri non possit, scilicet nec callumniam, que ejus dolo fabricata fuerat, exciperat* », se traduirait alors ainsi : « Mais, comme sa mère ne la pouvait garder à cause de l'opiniâtreté du mari, car il n'avait pas voulu supporter le méfait issu de ses intrigues... ».

[2] Cf. ci-dessus, p. 241.

« Ou bien les mauvais traitements sont réels, et alors c'est à moi d'en tirer vengeance, puisque Berthegonde est aussi ma parente et que je suis mieux en mesure de la protéger ; ou bien ils sont imaginaires, et alors on ne peut infliger au mari le déshonneur de lui enlever sa femme. Vous n'avez, ni dans l'un ni dans l'autre cas, le droit de vous refuser à la rendre[1] ». Bertramn promet, en effet, de ne plus s'opposer à son retour. Mais il lui fait dire en même temps, dans le plus grand secret, de quitter Bordeaux et de se rendre à Tours, dans la basilique de Saint-Martin, après s'être soumise à la pénitence canonique et en avoir revêtu l'habit. Le conseil était excellent, puisque la pénitence canonique était, pour le temps de sa durée, une cause de séparation entre les époux. Cet expédient devait réussir, et il réussit. Le mari, pourtant, ne cède que lassé d'une poursuite sans cesse arrêtée par quelque nouveau subterfuge et rendue temporairement vaine. C'est lui qui délaisse sa femme bien plus qu'elle ne l'abandonne. Elle-même va nous le dire, en confessant ses torts : « Bertramn étant mort sur ces entrefaites, dit l'historien, elle rentra en elle-même et dit : Malheur à moi qui ai prêté l'oreille aux suggestions iniques de ma mère ! Mon père est mort. Je suis abandonnée de mon mari, séparée de mes enfants. Où irai-je, infortunée, et que ferai-je[2] ? ».

N'est-il pas visible, d'un bout à l'autre du récit, qu'elle fait une chose illégale, et que son mari, tout au contraire, a la loi pour lui lorsqu'il la réclame, la poursuit, la sépare de ses enfants ? Si l'histoire de Berthegonde prouve quelque chose au point de vue du droit, c'est donc bien plutôt l'existence du *mundium* marital que l'indépendance de la femme. Que trouvons-nous dans celle du mariage de Rigonthe ? Des faits, sans doute ; mais où est le droit ? Y a-t-il rien, dans le langage de Frédégonde, que bien des femmes de nos jours, placées sous la puissance maritale, ne puissent, toute proportion gardée, se trouver à même de dire ? D'où viennent les trésors qu'elle

[1] « *Parens mea est ; si quicquam mali exercuit in domum viri sui, ego ulsciscar ; sin aliud, cur sub omni deformitate redactus vir, conjux ejus aufertur ?* ».

[2] Greg. Tur., IX, 33.

étale ? Pour beaucoup de ce que le roi lui a donné : « *Mihi gloriosissimus rex* MULTA *largitus est* » ; pour un peu de ses propres biens : « *et ego* NONNULLA *de proprio congregavi* » ; puis, de nouveau en grande partie, des domaines dont on lui a concédé la jouissance : « *et de domibus mihi concessis, tam de fructibus quam tributis,* PLURIMA *reparavi* » ; enfin, des présents que lui ont fait les grands du royaume : « *Sed et vos plerumque me muneribus vestris ditastis*[1] ».

Nous voyons bien là que le roi a laissé à sa femme la libre disposition des fruits et revenus de certains domaines, et qu'elle a reçu des présents de lui-même et des seigneurs. Quelle conclusion en peut-on tirer contre l'existence du *mundium* ? On demande[2] où est la trace d'une autorisation du mari ? En fallait-il donc une, si absolu que nous supposions le *mundium* ? Une reine ne pouvait-elle recevoir, sans autorisation du roi, les présents des personnages de sa cour, cet or, cet argent, ces parures, ces riches vêtements, ces objets mobiliers de toutes sortes[3], qui remplissent cinquante chariots, traînés à la suite du cortège nuptial ? Que Frédégonde ait ainsi amassé de grands trésors sans que son époux en sût rien, soit qu'il ignorât l'importance des dons, soit qu'il les crut dépensés au jour le jour, ainsi que le produit de ses propres libéralités, cela prouve-t-il que le droit franc ne connut pas l'autorité maritale ? Un mari ne pourrait-il pas abandonner aujourd'hui à sa femme la jouissance de certaines propriétés ? Une mère ne pourrait-elle pas économiser, de la sorte, de quoi doter sa fille ? Ne dira-t-elle pas partout que ces dons et ces épargnes sont à elle ? S'il s'y trouve quelque chose qui provienne de ses biens propres, ne pourra-t-elle pas dire, comme Frédégonde : « *Nonnulla de proprio congregavi..... omnia quæ cernitis de mea proprietate oblata sunt* » ? Ces expressions s'offrent d'autant plus naturellement à la reine que Chilpéric et les grands assemblés autour de lui, stupéfaits d'une telle profusion de richesses,

[1] Greg. Tur., VI, 32 (45).
[2] P. 438.
[3] « *Immensum pondus auri argentique sive vestimentorum... aurum argentumque vel reliqua ornamenta* ».

semblent croire que tout cela sort du trésor royal, désormais épuisé[1]. Ce n'est pas de là, dit-elle, que j'ai tiré ce que je donne ; tout cela est à moi, de mon trésor particulier : « *Ne putetis, viri, quicquam hic de thesauris anteriorum regum habere ; omnia enim quæ cernitis, de mea proprietate oblata sunt* ». Nous ne trouvons encore ici rien qui soit incompatible avec le *mundium* marital. Nous n'y trouvons pas non plus, il est vrai, que Frédégonde ait pu « acquérir de toutes manières » ni recevoir d'autres donations que l'or, l'argent, les bijoux, les parures offertes par les grands, attentifs à se concilier sa faveur. Peut-être même ces donations n'étaient-elles pas si nombreuses, ni si considérables qu'elle le prétend. Son discours semble bien commencer par un mensonge et n'avoir d'autre but que de donner à ce mensonge les apparences de la vérité. « *Et sic animus regis delusus est* », dit Grégoire de Tours, après l'avoir rapporté. N'est-ce pas faire clairement entendre que les soupçons du roi et ses craintes n'étaient pas complètement injustifiés ?

Tout bien pesé, nous croyons donc pouvoir nous en tenir encore, même en ce qui concerne les Francs, à ce que nous avons dit de l'autorité du père de famille sur sa femme. Voyons maintenant ce qu'il en est de l'étendue de cette autorité sur les enfants.

II

Etendue du « mundium ». — Consentement des parents au mariage. Mariage par achat.

— Le mariage, dit M. Lefebvre, impliquait, chez les Germains de Gaule, le consentement familial, mais seulement pour la jeune fille. Les fils devaient pouvoir se marier librement : « La loi des Wisigoths le confirme, d'ailleurs, expressément « dans une de ses *Antiqua*, qui oppose jeune homme et jeune fille ». Le consentement même du père n'était donc pas

[1] « *Ita ut, videns hæc rex, nihil sibi remansisse putaret* ».

« rigoureusement nécessaire à la validité et aux pleins effets du mariage du côté de l'homme » bien qu'il intervint très souvent en fait. Il en était autrement des filles. « La loi des Wisigoths le dit expressément pour elles, par contraste avec le fils. La loi des Burgondes aussi le laisse bien entendre. Et si nous ne trouvons pas de texte précis dans les lois des Francs Saliens et Ripuaires, il semble résulter de Grégoire de Tours et de diverses formules que le mariage des jeunes filles supposait le concours des parents et dépendait même de leur volonté. Enfin, cela résulte encore de la différence que prennent soin d'exprimer plusieurs de ces textes au sujet des veuves, qui sont données comme plus libres de se remarier d'elles-mêmes et à leur gré, mais par contraste avec la jeune fille[1] ». —

Ces premiers points appellent plusieurs remarques. Le savant historien conçoit le *mundium* paternel, ainsi que je le dirai tout à l'heure, comme un pouvoir de tutelle sur les enfants mineurs, pouvoir limité dans toutes ses attributions par le contrôle et l'intervention de la famille. Fidèle à cette conception, il ne paraît pas distinguer ici entre le consentement paternel ou maternel et le consentement familial. Cette distinction, pourtant, était certainement faite par les barbares. L'autorité paternelle s'affirme hautement chez eux en cette matière. La famille intervient, sans doute ; mais tant que son chef est vivant, c'est lui qui a le principal rôle. Il règle tout, il décide de tout. M. Lefebvre, dans un autre cours, le remarque lui-même à propos du mariage de Rigonthe. « C'est Chilpéric, dit-il, qui nous est montré comme fiançant sa fille, vérifiant la dot, recevant les présents, fournissant les apports[2] ».

La loi des Wisigoths est tout à fait explicite sur ce point. C'est bien, comme on vient de nous le dire, le consentement familial qu'elle exige, le déclarant nécessaire pour la fille « par contraste avec le fils ». Mais il faut voir dans quelles conditions ce contraste est établi et ce rôle essentiel dévolu aux proches. Il s'agit d'enfants dont le père et la mère sont morts.

[1] P. 351, 352.
[2] P. 437.

Si la mère seulement vivait, il n'y aurait pas de contraste et l'intervention de la famille ne serait pas indispensable. A plus forte raison en serait-il de même si les enfants avaient leur père : « *Patre mortuo,* dit la loi, UTRIUSQUE SEXUS FILIORUM *conjunctio* IN MATRIS POTESTATE *consistat.* MATRE VERO MORTUA..... *si germanus.... proximorum renuit sollicitudinem, sit illi potestas condignam sibi conjunctionis quærere copulam. De puella vero..... patruus, sive fratres cum proximis parentibus conloquantur*[1] ». C'est seulement en ce cas particulier de prédécès des parents que le fils se trouve, pour se marier, dans une autre situation que la fille.

Que le consentement paternel ou familial ne fût pas « rigoureusement nécessaire à la validité et aux pleins effets du mariage, du côté de l'homme », nous l'avons constaté nous-mêmes. Mais nous avons constaté aussi qu'il n'en était pas autrement du côté de la femme[2]. La loi des Wisigoths, invoquée par M. Lefebvre comme l'exigeant pour le mariage des filles, ne l'exige nullement pour « la validité et les pleins effets » de leur union. Elle exhérède seulement celles qui ne l'ont pas sollicité ou qui ont passé outre au refus de leurs parents. Encore laisse-t-elle à ces derniers la faculté de leur faire des donations[3]. Le mariage n'est pas annulé. Si le fils insoumis n'est pas exclu de la succession, il n'en résulte pas que le consentement paternel ne soit pas requis pour son mariage. Le texte que je vous citais à l'instant le prouve pour les Wisigoths eux-mêmes. Lors donc que les formules mentionnent le consentement des parents, ce n'est pas plus pour la fille que pour le fils comme une condition *sine qua non* de l'existence du mariage ; mais, pas plus pour le fils que pour la fille, ce n'est comme un simple usage de mœurs.

Il en est de la liberté plus grande accordée aux veuves comme de la liberté plus grande accordée aux fils. Elle ne prouve nullement que la veuve soit indépendante de toute

[1] *Wisig.*, III, I, 7.
[2] Cf. ci-dessus, p. 239 à 243.
[3] *Wisig.*, III, II, 8.

autorité[1], ni que le consentement de ses parents, à son mariage, soit requis seulement par les convenances. Les textes invoqués par M. Lefebvre[2] peuvent prouver cette « liberté plus grande ». Prouvent-ils l'absence de toute règle juridique, exigeant pour un mariage régulier, « un consentement de parents ou de tuteur » ? Il est permis d'en douter. « Rien ne peut être cité de contraire, ajoute le savant professeur, tandis qu'il en était autrement chez les Lombards et les Saxons avec leur *mundium* perpétuel sur les femmes ». Ceci n'est pas tout à fait exact. Grimm cite une formule tirée du recueil de Canciani et dont les termes ne s'accordent guère avec l'hypothèse de l'indépendance des femmes franques. Nous la retrouverons bientôt[3]. C'est une formule lombarde, il est vrai : mais il y est question du mariage d'une veuve soumise à la loi salique « *vidua salicha* ». Or, cette veuve a un tuteur et c'est ce tuteur qui la donne *juridiquement* en mariage. J'ai cité, d'autre part[4], un capitulaire-loi de 819 qui constate et consacre, chez les Francs, la coutume *juridique* imposant à ceux qui veulent épouser une veuve l'obligation de solliciter et d'obtenir le consentement de ses parents.

Si M. Lefebvre admet la nécessité du consentement paternel, ou plutôt familial, pour le mariage des filles, il repousse absolument toute idée de vente et d'achat, même pour les premières époques de l'histoire germanique. Voici quelle est, en résumé, son argumentation à ce sujet.

— Ni César, ni Tacite ne disent mot d'un achat des femmes : silence inexplicable si cet achat eût existé à leur époque en Germanie. « La plupart des lois barbares parlent bien du

[1] La loi des Saxons, qui met expressément la veuve en tutelle, lui permet néanmoins de se marier, avec l'agrément de sa famille, malgré son tuteur (*Sax.*, 43).

[2] P. 353, n. 1. Ces textes sont : *Wisig.*, III, I, 7 et IV, 2 : « *Mulier quæ in suo consistit arbitrio* » opposé à « *puella* ». (Cette *mulier*, remarquons-le bien, peut être une veuve ; mais les termes généraux de la loi conviennent à toute femme, veuve ou fille, qui n'est pas sous la puissance de ses parents ni d'une autre personne). — *Burg.*, 52 ; — *Sal. cap. extr.*, VII.

[3] Voyez ci-après, p. 615.

[4] Ci-dessus, p. 245, 246.

pretium nuptiale ; je n'en vois aucune parlant de vente, c'est-à-dire exprimant l'idée ou donnant l'impression d'une fille ou veuve vendue par son père ou par ses parents .. Je ne vois pas qu'on ait relevé, chez les barbares, cette expression de vente à propos de la femme épousée. Et, chose curieuse ! au moment même où la loi des Saxons vient de prononcer les termes : *uxorem emere* (à propos du *litus*), elle se trouve ajouter aussitôt : *sed non liceat ullam feminam vendere*. Il y a donc là quelque chose qui n'est pas clair et qui exige qu'on regarde de plus près à la véritable signification du mot *pretium* ou même des termes spéciaux de la loi saxonne : *emptio* ou *emere uxorem* ».

Que le lite du roi puisse acheter une femme qui ne soit pas lite, cela ne prouve-t-il pas que le mot « acheter » n'a pas ici son sens propre ? « Comment s'imaginer un lite achetant, dans le vrai sens du mot, une femme d'une condition supérieure » ? Ce terme d'*emptio* se trouve employé, même dans la langue juridique de Rome, dans des cas où il ne saurait être question d'achat, par exemple, pour le mariage par *coemptio* et, anciennement, pour désigner l'héritier institué sous le nom de *familiæ emptor*. « *Emptio*, comme terme latin, n'a été mis que pour signifier prendre femme, suivant l'usage saxon, et comme appelé par le mot *pretium*, qui se rencontre aussi dans beaucoup d'autres lois ». Or, ce mot a, en latin, « le sens large d'avantage ou de profit, de valeur ou de récompense ». Il peut signifier un simple présent offert aux parents de la femme, d'autant que « l'embarras des Germains à traduire en langue latine leurs sentiments ou leurs usages » devait les amener à user souvent de termes approximatifs.

On ne serait autorisé à voir dans le *pretium* le prix d'un véritable achat que si l'on reconnaissait dans le contrat lui-même les traits d'une véritable vente. Or, quels sont ces traits ? C'est, d'abord, la faculté pour l'acquéreur de céder ou de revendre l'objet ou le droit acheté : mais on ne saurait prétendre que le mari pût revendre ou céder sa femme. C'est, ensuite, l'idée de trafic ; et certains nous représentent, en effet, les pères comme de « bons négociants » sachant « faire monter cette marchan-

dise » que sont leurs filles ! Mais, où sont les preuves, et comment faire accorder tout cela avec la monogamie des Germains, leur respect pour la femme, la pureté de leurs mœurs ? Ne faudrait-il pas admettre aussi que les pères achetaient des femmes pour leurs fils ? « Et voit-on bien un état social et familial, tel que celui des Germains, ainsi fondé sur la vente des filles et l'achat des brus ? Il y aurait, d'ailleurs, un autre trait caractéristique de cette idée prétendue de vente, ou de trafic, qu'il faudrait prouver, chez les Germains. C'est la fille achetée et couramment livrée contre son gré par son père ou sa famille comme une sorte d'esclave... Mais, où voit-on rien de pareil dans ce qui nous est vraiment connu des Germains » ? Ainsi, quand on va au fond des choses, « on ne reconnaît pas ce qui dénote l'achat ». La conclusion s'impose : le *pretium* n'est qu'un présent coutumier offert aux parents, comme le *morgengab* à l'épousée, par la gratitude du nouvel époux. Il faut ajouter que le *reipus* n'est pas, comme on l'a prétendu, le prix d'une revente symbolique de la veuve par les parents du premier mari. C'est une somme à eux payée par le second comme gage de paix. Le septième des *capita extravagantia* de la loi salique le dit en termes exprès pour le paiement, tout semblable, fait par la veuve elle-même et nommé *achasius*.

Enfin, l'origine de la *dos ex marito* ne se comprend guère dans l'hypothèse d'une vraie vente. C'est, dit-on, une évolution du prix d'achat. Évolution ! mot commode, mais dont on demanderait en vain le sens précis et scientifique. « S'il y a eu vraiment achat ou trafic des femmes, qu'on nous montre comment, par quelle série d'idées, ce prix d'achat serait venu si aisément et spontanément se résoudre en une dot maritale remise à la femme elle-même » ? Comment serait-il entré dans l'esprit des Germains de payer à celle-ci sa propre personne ou le *mundium* auquel elle aurait été soumise ? Avec la notion de présents nuptiaux, au contraire, « il est simple et naturel d'expliquer la donnée première et les progrès de la dot maritale ». Ces présents étaient offerts avant les noces aux parents de la jeune fille : c'est le *pretium* ;

aprés les noces, à la nouvelle mariée : c'est le *morgengab*, dont l'usage même est déjà inconciliable avec l'idée d'une fille « réellement vendue » par son père « et à bon prix ». « Ne voit-on pas comment l'idée put venir peu à peu de restreindre, d'abandonner même le cadeau coutumier fait aux parents, pour développer, au contraire, le présent remis à l'épousée ?... Voilà une évolution facile à saisir », et nous la saisissons, en effet, dans la loi des Burgondes, décidant que si le prix nuptial — « *witemon* » — doit revenir à un autre qu'au père, on devra en employer le tiers en parures pour la fiancée[1]. —

Nous ne pouvons que souscrire tout d'abord, est-il besoin de le dire, aux critiques adressées dans le cours de cette argumentation à certaines écoles de sociologie et d'histoire. On ne saurait blâmer trop vigoureusement leurs accumulations d'hypothèses; leur usage immodéré des récits de voyageurs; leurs généralisations téméraires de faits glanés çà et là; leur prétention de trouver, chez les plus profondément déchus des sauvages, les traits de l'humanité primitive, et de faire passer à toute force et systématiquement, par les mêmes phases successives, l'évolution de la famille et de la société chez tous les peuples de tous les temps dans tout l'univers. Nous avons répudié, dès le début de cet ouvrage, toute cette sophistique. Elle ne tombera jamais trop tôt dans le discrédit.

Nous nous en tenons donc ici aux Germains, bien que l'achat des femmes ait existé chez un grand nombre de peuples véritablement primitifs. César et Tacite sont muets sur cet achat. Est-ce assez pour n'y pas croire? César ne parle presque pas des Germains : on peut utiliser ce qu'il dit; mais que peut prouver son silence ? Tacite avait les yeux fixés sur Rome en composant sa « Germanie ». Il cherche moins à instruire qu'à moraliser ses lecteurs; et ce souci du grand historien est encore plus sensible et plus exclusif que partout ailleurs dans les deux chapitres où il parle du mariage. Il ne s'y occupe pas des lois des Germains pour les comparer aux lois romaines; il ne considère que leurs mœurs, vigoureuses et pures, pour les

[1] P. 354 et s.; 363 à 369; 385, 386; 421 à 424; — *Sax.*, 65; — *Burg.*, 86, 2.

opposer aux mœurs molles et dissolues des Romains. S'il parle du droit, c'est seulement pour relever que certaines lois, impuissantes à Rome, ne sont pas même nécessaires en Germanie. M. Lefebvre n'a pas manqué de faire ces remarques[1]. N'expliquent-elles pas l'omission qu'il déclare inexplicable ? Tacite, nous l'avons constaté[2], n'entre pas dans le détail des coutumes matrimoniales germaniques. Il n'envisage que l'extérieur et l'ensemble, et cela, d'un point de vue purement moral. Ce qu'il expose de la sorte, il l'interprète à sa manière et non à celle des Germains. Il ne cherche pas à être complet et précis. Il reste muet, notamment, sur les présents faits aux parents de la fiancée, et qui tiennent, dans la théorie de M. Lefebvre, une place capitale. Le seul don qu'il mentionne est fait à la jeune fille : il l'appelle *dos* et c'est, semble-t-il, le *morgengab*[3]. S'il s'est tu sur des points de première importance, s'il n'a établi aucune distinction entre les prestations diverses échangées à l'occasion du mariage, pourquoi aurait-il accordé à l'achat une mention spéciale ? « Il a bien su, répond M. Lefebvre, observer et nous dire que les Germains, dans leur passion pour les jeux de hasard, allaient jusqu'à s'offrir eux-mêmes comme dernier enjeu et se laisser vendre. Comment ne l'aurait-il pas dit quant aux épouses germaines, pour lesquelles cet usage aurait été bien autrement visible et frappant ? » L'argument n'est pas péremptoire. Tacite veut montrer que les Germains sont si adonnés au jeu qu'ils en font une affaire sérieuse : « *Aleam inter seria exercent* ». Quel trait plus propre à ce dessein que celui de ces hommes épris d'indépendance et jouant leur liberté si sérieusement qu'ils se laissent, ayant perdu, enchaîner et vendre ? Quel rapport, au contraire, l'achat de la femme a-t-il avec la sévérité des mœurs conjugales, « *severa matrimonia* », que l'historien veut mettre en lumière ? Que les parents de la fiancée reçoivent un prix d'achat ou des présents, peu lui importe. S'il n'en dit rien, c'est que ce détail reste en dehors de son sujet.

[1] P. 274 et s. ; 346 et s.
[2] Ci-dessus, p. 118, 119.
[3] Cf. SIMONNET, *Mundium*, p. 104, 105.

Passons donc aux lois barbares; et avant de montrer toute l'importance qu'il est juste d'accorder ici aux mots que l'on y rencontre, regardons, avec M. Lefebvre, au fond des choses. On ne trouve, dit-il, dans le droit matrimonial germanique, aucun des caractères de la vente, ni la faculté pour le mari de revendre sa femme, ni l'idée d'un trafic quelconque. Nous n'éprouvons pour notre part, aucune difficulté à concevoir qu'un objet puisse être véritablement vendu par quelqu'un sans que son nouveau possesseur le puisse revendre. Mais il n'est pas indispensable de faire appel à cette conception pour admettre le mariage par achat chez les Germains. Tacite nous a montré les Frisons vendant leurs femmes pour payer le tribut aux Romains[1] et la loi des Alamans présente une trace très visible du droit pour le mari de céder sa femme à un autre époux[2]. Quant à l'idée de trafic, découle-t-elle nécessairement de la simple idée de vente? Un objet ne peut-il être acheté et vendu sans être pour cela un objet de trafic? Poser la question, c'est y répondre. Les Romains admettaient la vente du *filius familias* : dira-t-on que les fils de famille étaient chez eux un objet de commerce, une marchandise? On peut le dire des esclaves, mais non des enfants, et cette différence rend bien sensible un autre défaut de l'argumentation de M. Lefebvre. Pourquoi donc assimiler, en effet, la vente d'une fille, l'achat d'une femme, avec la vente et l'achat d'une esclave? Tout ce qui se vend et s'achète n'est pas vendu et acheté de la même manière, dans le même esprit. Vendre ou acheter, c'est, en soi, verser ou recevoir un prix quelconque en échange d'un autre objet. Si le mari verse un prix, généralement considérable, au père de sa femme en échange de celle-ci, en résulte-t-il qu'elle soit réduite à la condition d'esclave et livrée malgré elle? Le père peut vendre véritablement son enfant à l'époque franque; et pourtant, nous l'avons vu[3], on lui défend de le

[1] Ci-dessus, p. 84, n. 1.

[2] *Alam.*, 51, 1 : « *Si quis liber uxorem alterius contra legem tulerit, reddat eam et cum octuaginta solidis componat : si autem reddere noluerit, apud CD solidis componat eam, et hoc si maritus prior voluerit. Si autem ille raptor qui eam accepit sibi uxorem...* » (Cf. ci-après, p. 608).

[3] Ci-dessus, p. 207, texte et n. 7.

faire, si l'enfant a dépassé un certain âge, sans son consentement. C'est donc que ce consentement n'est pas incompatible avec la vente. En quoi le mariage par achat évoque-t-il « nécessairement comme une pensée d'enchère, où le mari serait le plus offrant, sans souci des sentiments de la jeune fille? »[1] Un animal même, est-ce toujours au plus offrant qu'il est vendu? Pour peu que l'on y soit attaché, ne se préoccupe-t-on pas, en le vendant, de son sort futur? Non, la vente et l'achat de la femme n'impliquent pas avilissement, dès lors qu'elle n'est pas vendue comme marchandise et achetée comme esclave, mais vendue comme fille et achetée comme épouse. Il ne faut pas confondre.

Si l'on tient compte de tout cela, on comprend sans peine que, dans l'état social et familial des Germains, un lite pût acheter une femme d'une condition supérieure et les pères, en mariant leurs fils, acheter des brus. On s'explique aisément aussi que le mari donnât un *morgengab* à sa femme bien qu'il l'eût chèrement acquise. Ses sentiments pouvaient fort bien l'y pousser ; et l'importance du prix nuptial étant la même, qu'il y eût achat ou cadeau, ne rend pas cette libéralité plus inexplicable dans le premier cas que dans l'autre. Enfin, il ne semble pas moins « simple et naturel d'expliquer la donnée première et les progrès de la dot maritale », dans l'hypothèse de la vente, que dans celle des présents. Quelle que soit celle que l'on adopte, « l'évolution » — et nous ne donnons pas à ce mot un autre sens que M. Lefebvre lui-même, — est aussi « facile à saisir », jusque dans la loi des Burgondes. Si cette loi oblige le proche parent, autre que le père, à employer en parures, pour la fiancée, le tiers du *witemon*, n'est-ce pas parce que le père en eût fait pour le moins autant? C'est donc que l'usage s'introduisit d'abord pour les parents de donner à leur fille tout ou partie de ce que leur gendre leur avait payé. « Ne voit-on pas comment l'idée put venir peu à peu », dans la suite, de remplacer ce double versement, du prétendant aux parents et des parents à la fille, par un versement unique et direct du mari à l'épousée?

[1] P. 369.

Restent les veuves. Nous voyons bien que l'*achasius* est payé par elles comme gage de paix ; mais où est la preuve qu'il en soit de même du *reipus*, payé par le second mari ? Si ce *reipus* n'est pas une trace du prix d'achat, s'il ne dérive pas d'un ancien droit de puissance des parents du premier mari, comment se fait-il que, lors de sa disparition, la veuve ne soit pas devenue libre de se remarier et ait été replacée, au moins à cet égard, comme nous l'apprend un capitulaire-loi de 819[1], sous la puissance de ses propres parents ? Ceux-ci, manifestement, n'exercent ainsi leur pouvoir qu'au lieu et place d'un pouvoir tout semblable. Les proches du premier mari devaient donc, au temps où les parents vendaient leur fille, avoir le droit de vendre la veuve.

Nous ne trouvons ainsi, en allant au fond des choses, rien qui soit incompatible avec l'idée d'un véritable achat de la femme à l'époque primitive du droit germanique, voire même à l'époque franque, chez certaines peuplades demeurées plus longtemps païennes et barbares. Encore avons-nous mis tout au mieux pour les Germains. Nous les avons pris tels que M. Lefebvre nous les présente; et il fait grand état de leur monogamie, de la pureté et de l'honnêteté de leurs mœurs, de leurs sentiments, de leur respect pour la femme. Or, nous avons vu que leurs coutumes originelles admettaient la polygamie et que le respect pour la femme n'était pas, en somme, beaucoup plus grand chez eux qu'ailleurs[2]. Il ne faut pas exagérer non plus leur chasteté. L'inceste était très fréquent parmi eux : leurs légendes et d'innombrables textes conciliaires le prouvent. L'horreur de l'inceste, pourtant, est presque un instinct chez l'homme; c'est un des traits les plus universels et les plus indélébiles de sa moralité[3]. Enfin, leurs sentiments étaient loin d'avoir le degré de délicatesse que M. Lefebvre leur accorde et que nous venons de leur accorder après lui. Ils ne se préoccupèrent que sous l'influence de l'Eglise, nous le savons[4], de l'inclination et du consentement de leurs filles

[1] Ci-dessus, p. 245, 246 ; — Adde ci-après, p. 615.
[2] Voyez ci-dessus, p. 79, 85 à 88.
[3] Cf. Kurth, II, p. 109 ; — Westermack, p. 278.
[4] Cf. ci-dessus, p. 256 et s.

lorsqu'il s'agissait de les marier. Des textes formels vont nous prouver la réalité de leur vente matrimoniale et nous montrer en même temps combien rude et grossière était l'idée qu'ils se faisaient primitivement et de cette vente et du mariage et de la femme.

Ce n'est pas sans étonnement que nous avons constaté l'absence de ces textes dans l'*Introduction à l'étude du droit matrimonial français* et notre surprise s'est accrue d'y trouver cette double assertion : que les sources barbares ne nous offrent nulle part « l'expression de vente à propos de la femme épousée », et que les termes d' « *emptio, emere uxorem* », sont « spéciaux à la loi saxonne ». Sans aller plus loin, cependant, n'avons-nous pas rencontré la locution « *empta puella* » dans la loi des Alamans[1], et M. Lefebvre ne nous a-t-il pas fait remarquer lui-même que celle des Saxons parle de la vente des femmes ? Il est vrai qu'elle n'en parle que pour l'interdire, mais il faut voir la portée de cette interdiction. Elle est placée sous la rubrique : « *de liti conjugio* » ; elle fait suite à la permission, donnée au lite, d'acheter une épouse où il voudra : « *Lito regis liceat uxorem emere ubicumqae voluerit* ». La défense aussi est donc spéciale à cette classe d'hommes. La proposition « *sed non liceat ullam feminam vendere* », surtout avec la conjonction qui la précède, ne saurait signifier que ni le lite, ni personne ne peut vendre aucune femme, de quelque condition qu'elle soit. Elle signifie manifestement que le lite, bien qu'il puisse acheter une femme, même d'un autre domaine ou d'une autre condition, ne peut en vendre aucune, même de sa condition et demeurant avec lui, comme sa fille, sa sœur, sa nièce. Si cette interdiction parut nécessaire, c'est, apparemment, que l'on eût pu croire, en le voyant assimilé à l'homme libre pour l'achat, qu'il pouvait vendre certaines femmes. N'est-ce pas la preuve que la coutume saxonne reconnaissait à l'homme libre le pouvoir de vendre à un mari celles qu'il avait en sa puissance ? L'expression « *vendere feminam* » est donc très certainement employée ici « à propos de la femme

[1] Ci-dessus, 255, n. 2.

épousée ». Nous avons lu, d'ailleurs, dans les lois des Anglo-Saxons[1], l'expression : « *si quis feminam mercetur* », plus caractéristique encore. Ces mêmes lois nous fourniront dans un instant une série de textes tout à fait décisifs.

Le mot de vente est donc loin d'être étranger aux sources barbares et c'est peut-être aller un peu vite que de réduire toute la discussion aux mots d'*emptio* et de *pretium*. Pour celui d'*emptio*, même, suffit-il de montrer qu'il peut, à la rigueur, ne pas désigner un véritable achat ? Est-on, par cela seul, autorisé à conclure qu'il « n'a été mis que pour signifier prendre femme, suivant l'usage saxon et comme appelé par le mot *pretium* » ? Cette conclusion hâtive ne saurait permettre de restreindre toute la question à ce dernier mot, et de dire, avec M. Lefebvre : « C'est sur ce terme de *pretium nuptiale* que peut s'engager la discussion vraiment sérieuse à propos du mariage par achat ; car il a été, lui, tout usuel, et il est certain que, dans nombre de lois, ce *pretium* signifiait un versement réel[1] ». Où est donc la preuve que les expressions : « *emere, vendere, merceri* », ne visent pas un versement réel, le même versement que « *pretium* » ? Il suffit de lire les textes que j'ai rappelés et ceux que je vais citer à l'instant pour se convaincre du contraire. Où se trouve, dans le passage relatif au lite, et dans bien d'autres, le mot « *pretium* » pour « appeler » ces expressions ? Les termes de vente et d'achat n'ont-ils pas été tout aussi usuels que ce mot ? Ce n'est pas la loi saxonne seule qui nous les présente. Nous les retrouvons, sans qu'ils soient « appelés » par rien, dans les lois des Alamans et des Anglo-Saxons, dans les canons du concile de Tribur, dans les anciens monuments littéraires de l'Allemagne et jusque dans nos cantilènes françaises du moyen-âge[2].

J'entends bien que ces façons de parler, choquantes pour notre délicatesse, viennent de « l'embarras des Germains à traduire en langue latine leurs sentiments ou leurs usages[3] ».

[1] P. 365.

[2] V. ci-dessus, p. 255, texte et n. 2 ; 256, texte et n. 3 et 4 ; et ci-après, p. 607 et s. ; — Grimm, p. 421.

[3] P. 366, n. 1.

Il faut observer, pourtant, que cet embarras, vraisemblable pour les Germains récemment établis en Gaule au temps de Clovis et de Gondebaud, ne l'est plus du tout pour ceux qui se servaient du latin, de père en fils, depuis deux ou trois siècles dans leurs lois, leurs décrets, leurs formules et leurs conciles; à l'époque où le duc Lantfried faisait rédiger la loi des Alamans et Charlemagne celle des Saxons[1]. Ils ne manquaient pas de vocables pour distinguer une donation d'un achat. Ils savaient user à l'occasion de termes comme *donum*, *munera*, *donatio*, *oblatio*. A la fin même du VIe siècle, les rédacteurs du traité d'Andelot ne sont pas en peine pour traduire *morgengabe* par *matutinale donum*[2]. Remarquons le bien, en effet, lorsque les Germains parlent d'achat en langue latine, ce ne sont pas leurs *sentiments* ou leurs *usages* qu'ils traduisent : ce sont *les mots* de leurs idiomes, et ils les traduisent très exactement. Ils rendent *gabe*, *morgengabe*, *mitgift* par *donum*, *matutinale donum*, *dos*, *munera*, *oblatio*. Lorsqu ils disent « *emere*, *emptio*, *vendere*, *merceri*, *pretium nuptiale* », cela correspond, au contraire, à *Kauf*, *Kaupa*, *Kaupmali*, *Brudkaup*, *Brautkauf*[3]. Pourquoi cette différence dans leur propre langage ? Si le *pretium* n'est qu'un présent, pourquoi ne l'appellent-ils pas *gabe*, comme le don du matin, mais *Kauf ?* Que ce prix représente ce qu'on voudra, qu'il soit à l'origine la contre-valeur de la femme elle-même, comme cela va nous être démontré, ou seulement, sa personne mise à part, des avantages procurés au mari par son alliance, ou des droits de puissance cédés par ses parents, peu importe. Il n'en reste pas moins vrai que les Germains, en parlant du mariage dans leur propre langue, distinguaient très nettement une vente et un échange de présents, des dons et un prix d'achat. S'ils ont ainsi précisé cette distinction, — et l'on ne saurait le contester, — c'est qu'ils avaient des raisons pour le faire et qu'ils considéraient bien comme une véritable vente le contrat passé entre les parents de la femme et son futur

[1] En 730 et 802.
[2] GREG. TUR., IX, 20 : « ... *Morgangenyba, hoc est matutinale donum,...* ».
[3] Cf. GRIMM, p. 422.

époux. Nous pouvons les en croire; sauf à dire, si les mots nous offusquent, que le père ne vendait pas ses filles, mais les donnait, comme le père drapier du Bourgeois gentilhomme donnait ses étoffes, à ses amis pour de l'argent.

Les lois anglo-saxonnes, du reste, ne laissent place à aucun donte. Elles sont formelles sur la réalité de la vente. Elles nous font assister à la disparition de cette barbare coutume. Elles nous montrent les droits du père réduits seulement à la longue aux présents que le mari veut bien lui faire. Elles nous rendent sensibles tout à la fois l'action civilisatrice de l'Eglise et la grossièreté des conceptions primitives des Germains sur la femme et le mariage.

Voici ce que nous lisons dans les lois d'Ethelbert, rédigées vers la fin du VI[e] siècle: « *Si virginem mercetur, pretio empta sit, si sine dolo factum sit ; si autem dolus subest, postea domum reducator et illi peculium suum reddatur*[1] ». On peut comparer cette traduction avec le texte original : l'idée d'achat et de vente n'est pas moins cruement exprimée dans celui-ci[2]. Un autre article des mêmes lois montre bien quel était le caractère de cet achat et de cette vente : « *Si liber homo cum liberi hominis uxore concubuerit, ejus capitale redimat, et aliam uxorem propria pecunia mercetur et illi alteri eam adducat*[3] ». Soutiendra-t-on qu'il s'agit là de présents faits aux parents par la reconnaissance du fiancé ? Voilà un homme dont la femme a été séduite. Le séducteur la lui paie; puis, il va lui en acheter une autre, et la lui amène, non pas comme esclave, mais comme épouse « *uxorem* ». N'est-ce pas le mariage par achat, dans toute la force de ce terme, et plus grossier encore que l'idée d'une véritable vente, si l'on tient compte des observations que je formulais tout à l'heure, n'obligerait à l'imaginer ? Les mots ne sont pas seuls

[1] *Leg. Ethelb.*, 76, ap. Houard, *Coutumes*, I, p. 35.

[2] Houard donne la traduction de Wilkins. Voici le texte original, cité par Grimm (p. 422) : « *Gif man mägd gebycged ceape, geceapód si, gif hit unfácne is. gif hit thonne fácne is, äfter ät hám gebrenge and him man his sceat ágese* ».

[3] *Leg. Ethelb.*. 32, ap. Houard, *Coutumes*, I, p. 27. Comparez avec le texte de la loi des Alamans cité ci-dessus, p. 602, n. 2.

à nous le manifester ici : c'est « en allant au fond des choses », que nous le voyons apparaître ainsi dans toute sa crudité primitive.

Les lois d'Ina, à la fin du VII[e] siècle, usent encore de la même expression : « *Si quis feminam mercetur*[1] ». Peu à peu, cependant, la barbarie s'adoucit ; avec le temps et sous l'influence du christianisme, l'usage ancien se transforme. Au milieu du X[e] siècle, le roi Edmond rassemble ses conseillers ecclésiastiques et laïques pour régler, entre autres choses, la célébration des mariages. Il n'est parlé, dans l'édit qu'il promulgue ensuite, ni d'achat ni de présents. Nous y trouvons seulement le *morgengab* et la *dos ex marito,* qui forme le douaire de la veuve : « *Significet sponsus quid ei (sponsæ) destinet pro eo quod illa voluntatem ipsius elegerit, et quid ei destinet si illa supervivat eum* ». Mais ce n'est plus un mariage barbare, c'est un mariage chrétien que le législateur décrit. Les cérémonies nuptiales débutent par le serment que fait le fiancé de traiter toujours la jeune fille comme un mari chrétien doit traiter sa femme : « *Sponsus juxta jus Dei et Instituta mundi prius promissum et fidem det... quod hoc modo eam cupiat ut juxta jus Dei eam servare velit sicut vir fœminam suam debet* ». Les conventions pécuniaires viennent ensuite, avec le festin des noces. Tout se termine par la remise de la fiancée à son époux, en la présence et avec la bénédiction du prêtre : « *Dationi presbyter intersit : is de jure cum Dei benedictione conjunctionem eorum adunare debet, in omni felicitatis plenitudine*[2] ».

C'est donc visiblement le christianisme qui a transformé l'ancienne coutume. Celle-ci, du reste, n'est pas encore morte. Elle survit longtemps, çà et là, au changement de la législation, des mœurs générales et des croyances. Au XI[e] siècle, Canut est obligé d'interdire formellement et tout à la fois de marier les vierges et les veuves malgré elles et de les vendre à prix

[1] Ci-dessus, p. 255, n. 2.
[2] *Leg. Edm.*, 8 à 15, ap. HOUARD, *Coutumes*, I, p. 131, 132.

d'argent : « *Non cogatur neque uxor neque puella ad eum qui ipsi displicet, neque pretio ea vendatur* ». Puis, faisant à son tour la distinction que nous avons trouvée si nettement faite dans le langage de tous les Germains, il permet seulement aux parents de recevoir ce que le mari leur offrira de son plein gré : « *Nisi ille aliquid ex propria voluntate dare velit*[1] ».

Voilà bien, cette fois, les présents indiqués par M. Lefebvre. Ils se montrent un peu tard. Encore demeurent-ils, et dans les mots et dans les choses, complètement distincts du *pretium*. Ils apparaissent et il disparaît. Ils sont permis, il est illicite. Il est associé à l'idée de contrainte ; eux, à celle de liberté. On se sert pour eux du mot *gifan* (to give), en latin, *dare* ; pour lui, du mot *sylle* (to sell), en latin *vendere*.

Que veut-on de plus décisif ?

III

Caractère du « mundium ». — « Mundium » de la femme.

— « Les enfants, dit M. Lefebvre, étaient traités en incapables, ainsi que le veut leur nature même, tant qu'ils n'ont pu acquérir l'intelligence et la force nécessaires pour se défendre et se gouverner. C'est là ce qu'on exprime pour les Germains en disant que les enfants étaient sous le *mundium* de leur père ou de leurs plus proches ». Ce *mundium* était surtout un pouvoir « de garde et de protection » donné « pour élever ces enfants peu à peu en vue de l'âge viril ou nubile. Il en résultait, pour celui qui exerçait ce *mundium*, un rôle assez différent de celui de nos tuteurs », chargés d'une « gestion d'intérêts » qui ne pouvait avoir parmi les Germains qu'une médiocre importance. « Il en résultait aussi, pour les enfants mâles, qu'ils demeuraient *sub mundio* jusqu'au temps venu pour les admettre à prendre les armes. Quand ils y ont été

[1] *Leg. Canut.*, 72, ap. HOUARD, *Coutumes*, I, p. 156 ; — Texte original d'après GRIMM (p. 422) : « *Ne vif ne mæden vid sceatte ne sylle, butan he* (*der sponsus*) *hvät ägenes thances gifan ville* ».

reçus avec une solennité décrite par Tacite, leur infériorité cesse. Ils sont devenus pleinement capables, et participent aux assemblées de la famille comme à ses exploits. Cet âge n'avait pas besoin d'être longuement retardé, sans doute, parmi ces races rustiques et vigoureuses. On voit seulement qu'après les invasions, et quand déjà quelque souci de la gestion des intérêts se fait sentir, les lois barbares ont varié dans leurs fixations d'âge... La loi salique semblait n'avoir rien dit. La loi ripuaire (ch. 81) s'est arrêtée à l'âge de quinze ans, même pour la capacité d'agir valablement en justice[1] ». — M. Lefebvre complète ces données par une discussion sur le *mundium* de la femme : nous y reviendrons tout à l'heure.

Il affirme, en outre, l'absence, chez les Germains, du droit paternel de vie et de mort[2] : nous en avons, au contraire, constaté l'existence ou la trace même chez les Germains établis en Gaule[3]. Il établit, çà et là, entre la *patria potestas* et le *mundium* des contrastes sur lesquels je me suis déjà suffisamment expliqué, en même temps que sur le rôle de la protection dans la conception germanique de l'autorité paternelle[4]. Il conteste, enfin, l'existence chez les Francs d'un principe juridique refusant ou accordant à la mère la part que les mœurs lui faisaient dans l'exercice de cette autorité. Ces mœurs ne nous ont pas échappé; mais nous avons aussi reconnu dans le *mundium* un attribut réservé au père. M. Lefebvre lui-même ne nous a-t-il pas fait remarquer le caractère exclusif et souverain du rôle joué par Chilpéric dans le mariage de Rigonthe[5]? Il nous montre, sans doute, ailleurs, Berthegonde « emmenant l'un de ses enfants sans qu'il nous soit marqué que le mari ait pu réclamer et ramener l'enfant plus que la mère »; mais nous savons ce qu'il en faut penser. Le mari pouvait réclamer et il réclama la mère. La loi lui en

[1] P. 328, 329.
[2] P. 342.
[3] Ci-dessus, p. 208 et s.
[4] Ci-dessus, p. 124 à 132.
[5] Ci-dessus, p. 596.

donnait le droit. Il réclama aussi l'enfant, et nous avons entendu Berthegonde elle-même se plaindre d'en avoir été séparée[1].

Nous sommes également fixés sur le caractère de « la solennité décrite par Tacite. Ce n'est nullement une émancipation. L'âge non plus n'émancipe pas chez les Germains, ni le mariage, même à l'époque franque[2]. M. Lefebvre n'apporte pas d'arguments nouveaux à l'opinion contraire : il est donc inutile d'y revenir ici. Il me suffira de faire observer que le texte ripuaire par lequel l'enfant majeur de 15 ans est déclaré capable d'ester en justice, se restreint expressément à l'orphelin de père : « *Si quis homo Ribuarius defunctus fuerit et filium reliquerit...* » C'est donc la minorité et la tutelle qui prennent fin à l'âge de majorité. En est-il de même de l'autorité paternelle? La restriction ainsi faite par la loi confirme la réponse négative que nous avons faite à cette question. M. Lefebvre n'examine pas ce point. Il ne fait aucune distinction entre le *mundium* du père et celui du tuteur. Cette distinction, pourtant, nous le savons, est capitale. Le *mundium* du père et, à sa suite, la mainburnie de nos coutumes nous sont apparus comme étant, par essence, le pouvoir d'un chef de communauté : rien de semblable dans le *mundium* du tuteur. A toute époque celui-ci prend fin dès que l'enfant atteint un certain âge. Jusqu'à une époque récente, la mainburnie dure après la majorité tant que l'enfant reste dans la communauté domestique. Il n'en peut sortir, d'autre part, sans le consentement paternel, et c'est en ce sens que nous avons reconnu au *mundium* du père et à la mainburnie un caractère de perpétuité qui n'appartient pas au *mundium* du tuteur ni à la garde tutélaire[3].

Ayant admis à peu près sans discussion le caractère temporaire du *mundium* paternel sur le fils, le savant professeur va plus loin et attribue, contrairement aux idées partout reçues jusqu'à ce jour, le même caractère au *mundium* des

[1] Ci-dessus, p. 592.
[2] Cf. ci-dessus, p. 97 à 110 ; 280 à 282.
[3] Cf. ci-dessus, p. 110 et s.; 310 et s.; 482 et s.; 545 et s.

femmes. C'est seulement sur ce point qu'il présente une argumentation nouvelle et complète : c'est donc aussi le seul point que nous ayons à examiner de nouveau.

Cette argumentation, il faut le remarquer tout d'abord, ne saurait conduire, même en la supposant décisive, qu'à reconnaître la condition de la fille pour semblable à celle du fils. Les observations que je viens de faire et les arguments que j'ai présentés plus haut relativement à celui-ci demeureraient intacts. La tutelle des femmes cesserait de pouvoir être comptée au nombre des institutions germaniques : le caractère de l'autorité paternelle n'en serait pas changé. Ce caractère garderait notamment le trait de perpétuité que je viens de rappeler et auquel l'existence d'une majorité ne fait pas nécessairement obstacle. C'est donc seulement d'une manière indirecte et accidentelle que cette discussion a trait au sujet de nos études. Il ne faut pas oublier, je le répète, que ce qui pourrait être prouvé pour le *mundium* du tuteur ne le serait pas pour celui du père. Il y a plus, d'ailleurs; et les textes donnent la certitude que là même où la femme n'est pas perpétuellement en tutelle, elle reste perpétuellement soumise à la puissance de son père. C'est ce que va montrer un examen rapide des documents invoqués par M. Lefebvre.

« Aucune des lois wisigothe, burgonde ou franque, dit-il, ne nous a parlé d'un *mundium* permanent[1] ». Il remarque un peu plus loin lui-même que les lois franques ne disent rien des tutelles : en doit-on conclure que les Francs ne connaissaient aucune institution de ce genre? Assurément non. Il n'en faut donc pas conclure davantage qu'ils ignoraient la tutelle des femmes. Nous sommes simplement en présence d'une des innombrables lacunes des législations barbares. Les lois des Wisigoths et des Burgondes, qui semblent affranchir les veuves de toute tutelle[2], ne pouvaient évidemment parler d'un *mundium* permanent. On ajoute que, donnant la tutelle

[1] P. 333.
[2] Cf. ci-dessus, p. 282. Encore la veuve est-elle fréquemment mise sur le même pied que la fille, dans les lois des Wisigoths, quant aux droits des parents (Voyez *Wisig.*, III, iii, 11 et III, iv, 7).

à la mère, elles ne pouvaient admettre la tutelle des femmes, et l'on cite l'exemple des Romains et des Lombards, chez lesquels « la mère étant, comme femme, *in tutela* ou *sub mundio*, ne pouvait être tutrice[1] ». Or, nous le savons, la tutelle maternelle est justement, chez les Wisigoths et les Burgondes, une importation romaine[2], bien qu'elle n'eût été établie que très tard par le droit romain. Enfin, tout cela ne concerne que les veuves : les filles sont en tutelle jusqu'à leur mariage[3], c'est-à-dire jusqu'à leur sortie de la société domestique avec le consentement paternel.

On objecte que la loi Ripuaire établit, pour la fille comme pour le fils, une majorité de 15 ans et qu'il ne se rencontre dans les chartes et formules franques aucune trace de la tutelle des femmes. Le texte invoqué de la sorte nous est déjà connu : c'est celui qui concerne le fils orphelin. Les mots « *similiter et filia* », qui le terminent, ne sauraient donc s'appliquer à la fille en puissance de père. La perpétuité de cette puissance n'est pas en cause. L'assimilation, d'ailleurs, peut fort bien ne porter que sur la seconde partie de la règle posée pour le fils : « *Quindecimo autem anno, aut ipse respondeat aut defensorem eligat* ». Il est possible que le législateur ait seulement eu pour but de retirer à l'orpheline majeure de quinze ans l'immunité dont elle jouissait pendant sa minorité, et de l'obliger à répondre par l'intermédiaire d'un *defensor* aux actions judiciaires intentées contre elle. Il ne serait alors question que de lui reconnaître en ce cas la faculté de choisir son tuteur. L'article 17 de la *Divisio regnorum* de 806 ne permet guère de rejeter cette interprétation, car elle nous fait constater l'existence de la tutelle des femmes dans la coutume des Ripuaires. On sait, en effet, que le droit de ce peuple était le droit personnel des Carolingiens : or, cet article suppose que les filles de Charlemagne, doivent se trouver, à sa mort, sous la tutelle de ses fils. Il autorise seulement chacune d'elle à choisir celui de ses frères qui l'aura sous son pouvoir : « *De*

[1] P. 333, n. 1.
[2] C. Th., III, 17, 4 ; — Cf. ci-dessus, p. 282.
[3] Cf. *Wisig.*, III, I, 2 et 7 ; III, IV, 2.

filiabus autem nostris... jubemus ut, post nostrum discessum licentiam habeat unaquæque eligendi sub cujus fratris tutela et defensione se conferre velit ».

Nous avons trouvé, d'autre part, dans le *reipus* une preuve de la tutelle des parents du premier mari sur sa veuve. La formule de Canciani que j'ai déjà citée ne laisse à ce sujet aucun doute. Elle nous montre une veuve salique « *vidua salicha* » pourvue d'un tuteur « *mundoaldus, cujus defensione regitur* ». Or, ce tuteur est appelé *reparius*, et elle est dite sa *reparia*, parce qu'il a droit au *reipus* payé pour elle. Enfin, il ne faut pas oublier comment, lors de la disparition du *reipus*, la veuve se trouva tout naturellement replacée sous la tutelle de ses parents. Nous l'avons appris d'un capitulaire de 819[1].

En résumé, il est certain que, même chez les Wisigoths et les Burgondes, le *mundium* paternel sur la fille ne prend fin que par le mariage de celle-ci. Il en est de même chez les Francs. En outre, le chapitre « *de reipus* » de la loi salique, la formule de Canciani qui s'y rapporte, les capitulaires de 806 et de 819 démontrent que, chez eux, les veuves même et les orphelines, soit Ripuaires, soit Saliennes, étaient en tutelle.

Ici encore, nous ne croyons donc pas pouvoir nous rendre aux arguments de M. Lefebvre.

Nous sommes heureux que ces divergences sur les origines germaniques ne nous aient pas empêché de nous rencontrer avec lui pour constater le rôle prépondérant du christianisme dans la genèse de nos institutions familiales. Beaucoup mieux et beaucoup plus complètement que nous il a pu et su le mettre en lumière : c'est pour nous une garantie précieuse de nous trouver d'accord sur ce point avec le savant professeur de l'Université de Paris.

[1] Cf. ci-dessus, p. 604 n. 1.

INDEX ALPHABÉTIQUE

— Les chiffres renvoient aux pages.

ADDITIONS ET CORRECTIONS

P. 107 n. 5 ligne 1, *au lieu de* : ch. V, 5, *lisez* : ch. I, v.
P. 107 n. 6 ligne 2, — n. 3, — n. 5.
P. 114 n. 2 ligne 1, — p. 107 n. 7 — p. 108 n. 5.
P. 125 ligne 9, — ses caractères — certains de ses caractères.
P. 173 ligne 4, — élèves, — clercs.
P. 204 n. 2 ligne 2, — contiennent, — ne contiennent.
P. 208 n. 6 ligne 3, — III, VII, — III (VII).
P. 209 n. 1, — Theodule — Theodulfi.
P. 211 n. 3 ligne 1, — 211, — 213.
P. 214 ligne 23, — demeurent, — demeureront.
P. 214 ligne 29, — Telles, — Tels.
P. 220 ligne 14, — la volonté — sa volonté.
P 223 n. 4. — Metenses, — Mettenses.
P. 235 ligne 4, — convainquant, — convaincant.
P. 239 ligne 4, — ce mariage, — le mariage.
P. 250 ligne 16, *après* : abondent, *ajoutez* : dans les formulaires et dans les livres historiens (Voyez les textes cités p. 252 n. 4).
P. 251 ligne 3, — Berthe, *ajoutez* : bien qu'il ne parle pas des proches, — *et au lieu de* : à ce sujet, *lisez* : sur les coutumes matrimoniales du VIe siècle.
P 256 ligne 12, *au lieu de* : tenanda, *lisez* : tenenda.
P. 267 n. 4, — Audegar, — Andegav.
P. 282 n. 3, — Wisig., III, II, — Wisig., III, IV, 2.
P. 290 n. 2, — 237 et s., — 407 et s.
P. 332 n. 1 ligne 9, — rencontraient, — rencontreraient.
P. 345 ligne 24, — le spectacle lamentable, — les spectacles lamentables.
P. 358 n. 2, — 1849, — 1489.
P. 370 ligne 13, — et, — en.
P. 400 ligne 11, à la fin, *ajoutez* : L'ordonnance de 1730, rendue à la requête des États de Bretagne,...
P. 408 ligne 11, *au lieu de* : homestate, *lisez* : honestate.
P. 411 ligne 20, — admet, — admit.
P. 424 ligne 19, *après* : n'étaient donc, *ajoutez* : pas.
P. 438 ligne 26, *au lieu de* : lui, *lisez* : le.
P. 454, trois lignes avant la fin, *au lieu de* : avaient, *lisez* : avient.
P. 479 ligne 27, *au lieu de* : 1707, *lisez* : 1807.
P. 486 n. 2 ligne 1, — Tbaud, — Timbaud.
P. 501, § II, ligne 4. — pour qu'elle, — pour que l'émancipation.
P. 544 ligne 3, — à table, — à sa table.
P. 565 ligne 23, *après* : les enfants, *ajoutez* : La renaissance des lettres païennes, les transformations économiques issues des grandes découvertes du XVe siècle, exercent en même temps sur les mœurs une influence corruptrice.

TABLE DES MATIÈRES

TROISIÈME PARTIE

LE MOYEN-AGE ET LES TEMPS MODERNES (du XIe au XVIIIe siècle).

Saint-Brieuc. — Typ. Francisque GUYON, rue St-Gilles, 4. — (1225-5-1900).

